UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

TESIS DOCTORAL
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DE GRANADA

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL: LA RECUPERACIÓN DE UN CONCEPTO FUNDAMENTAL PARA LA DEMOCRACIA

Doctorando:
Luciano Medeiros de Andrade Bicalho

Director:
Prof. Dr. D. Francisco Balaguer Callejón
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

GRANADA, ENERO DE 2023

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Luciano Medeiros de Andrade Bicalho
ISBN: 978-84-1117-922-5
URI: https://hdl.handle.net/10481/83114

En recuerdo de mi madre.

Agradecimientos

Tomas Hobbes ha dicho que "el hombre es el lobo del hombre". Esta visión pesimista de la naturaleza humana ciertamente ha sido fruto de la época en la que ha vivido el filósofo, repleta de guerras religiosas, o quizá sea el trauma de su nacimiento prematuro, ocasionado por el terror que se ha apoderado de su madre tras la noticia de la llegada a la isla de Bretaña de la *Armada Invencible* del Rey Felipe II de España. Lo cierto, sin embargo, es que Hobbes estaba totalmente equivocado. Los seres humanos nos movemos fundamentalmente por el amor. Es la principal y más importante lección que he aprendido tras la senda recorrida para llegar al final de este trabajo. Camino que se inicia y se hace posible gracias a la bondad del profesor Francisco Balaguer Callejón, que amablemente ha aceptado dirigir mi tesis, pese a sus innumerables e importantes compromisos. Bondad que he recibido, además, del restante cuerpo docente de la Universidad de Granada, que me ha acogido en estos años de estudios. Bondad de mi mujer, que ha abdicado de muchas cosas y me ha dado el apoyo y soporte necesarios para enfrentarme a este desafío. Bondad de mi hija, que ha entendido que “su papá no puede jugar en este momento”.

“Abre em nome da lei.
Em nome de que lei?
Acaso lei sem nome?
Em nome de que nome
cujo agora me some
se em sonho o soletrei?
Abre em nome do rei.
Em nome de que rei
é a porta arrombada
para entrar o aguazil
que na destra um papel
sinistramente branco
traz, e ao ombro o fuzil?
Abre em nome de til.
Abre em nome de abrir,
em nome de poderes
cujo vago pseudónimo
não é de conferir:
cifra oblíqua na bula
ou dobra na cogula
de inexistente frei.
Abre em nome da lei.
Abre sem nome e lei.
Abre mesmo sem rei.
Abre sózinho ou grei.
Não, não abras; à força
de intimar-te repara:
eu já te desventrei.”
(Carlos Drummond de Andrade, *Intimação*)

SUMARIO

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS…….9

PARTE I – PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 10

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUANDO LAS IDEAS NO CORRESPONDEN A LOS HECHOS……..... 10
1.2. La legalidad: el poder bajo control 15
1.3. Planteamiento del problema: cuando un concepto no corresponde a la realidad……..... 17

PARTE II – RECORRIDO HISTÓRICO 23

2. EL ESTADO LEGAL DE DERECHO: EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA 23
2.1. El surgimiento de la legalidad administrativa 23
*2.2. Antecedentes históricos: la lucha por la limitación del poder político……*24
*2.3. El modelo de legalidad administrativa de la Revolución Francesa…… *36
2.3.1. Introducción: la proposición de un modelo basado exclusivamente en la razón universal 37
2.3.2. El estado de naturaleza y el contrato social 40
2.3.3. La libertad y la igualdad como principios constitutivos de la naturaleza humana..... 42
2.3.4. Los derechos naturales 46
2.3.5. La voluntad general de la nación como única fuerza motriz de la organización política..... 49
2.3.6. La separación de los poderes como forma institucional de garantía del individuo contra el poder del Estado…….. 56
2.3.7. La supremacía de la ley..... 60
2.3.8. La Administración como actividad de mera aplicación de la ley *ex officio…….*..... 64
2.3.9. La plenitud del Derecho estatal: la codificación..... 67
2.3.10. La supremacía de la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado……. 71
2.4. El modelo de legalidad administrativa de la restauración monárquica: el espacio reservado de la sociedad… 77
2.4.1. La organización administrativa de los Estados alemanes: el poder de policía……..... 77
2.4.2. La construcción de una esfera de la sociedad protegida contra las intervenciones del poder ejecutivo del Estado: la policía de prevención de riesgos…… 84
2.4.3. La construcción de una esfera de la sociedad protegida contra las intervenciones del poder ejecutivo del Estado: asuntos de policía *versus* asuntos de justicia……. 86
2.4.4. El Acta Final de Viena: el reconocimiento del principio monárquico y del espacio protegido de la sociedad……..... 89
2.4.5. La reserva de ley: separación entre ley formal y material en Paul Laband……..... 94

2.4.6. La contradicción entre la legalidad dualista germánica y los supuestos en los que se basa el Estado de Derecho…… 101
3. LAS TRANSFORMACIONES DEL SIGLO XX..... 102
3.1. Introducción..... 102
3.2. La democracia y el pluralismo político 104
3.3. El cambio en el fundamento de la específica fuerza que desarrolla la ley……. 109
3.4. La fuerza normativa de la Constitución: el fin del legibus solutus……...113
3.5. La pluralidad de fuentes normativas 124
3.6. La ruptura de la unidad de la organización administrativa..... 128
3.7. La Constitución y la jurisdicción como puntos de unidad del sistema……. 131
3.8. El Estado social..... 139
3.9. El Estado de la sociedad del riesgo 145

PARTE III – LA DOGMÁTICA DE LA LEGALIDAD 148

4. LA DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... 148
4.1. La legalidad como forma específica de actuar del Estado..... 148
4.1.1. La acción bajo normas..... 148
4.1.2. La finalidad del ejercicio del poder político 151
4.1.3. El principio democrático..... 153
4.1.4. La previsibilidad de la acción del Estado: la seguridad jurídica. 155
4.1.5. La libertad como principio fundamental 160
4.2. El principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho contemporáneo 166
4.2.1. Las transformaciones en la organización jurídico-política del Estado……..166
4.2.2. El principio de constitucionalidad..... 169
4.2.3. El sentido de la ley en el Estado Constitucional de Derecho 172
4.2.4. La posición de la ley en el orden jurídico..... 175
4.2.5. La separación de poderes 180
4.2.6. La titularidad del poder legislativo 182
4.2.7. La atribución de poder político: la norma de competencia 186
4.2.8. Los cauces de atribución de poder al Estado..... 188
4.2.9. Los elementos que deben ser determinados por la norma que adjudica un poder al Estado..... 190
4.2.10. La profundidad y extensión de la exigencia de legalidad 193
4.2.11. La función administrativa 196
4.3. Las reservas de ley 198
4.3.1. El sentido de las reservas de ley en el Estado Constitucional de Derecho…… 198
4.3.2. El objeto de las reservas de ley..... 201
4.3.3. La extensión de las reservas de ley 210
4.3.4. La intensidad de las reservas de ley 212
4.4. La reserva de administración 216
4.5. El problema de los derechos fundamentales que exigen una prestación a cargo del Estado…….. 220

PARTE IV – EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN BRASIL 225

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN BRASIL: UNA FÓRMULA QUE CABE EN LOS MÁS DIVERSOS REGÍMENES…… 225
5.1. La cultura de transgresión de la ley como un problema sociológico a la definición de los límites de la legalidad 225
5.2. Un texto que ha sobrevivido a (casi) todas las Constituciones 228
6. LA (IN)DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL 241
6.1. La (in)definición del principio de legalidad administrativa en la doctrina……..... 241
6.2. La (in)definición del principio de legalidad administrativa en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal 248
7. LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988……..... 258
7.1. Los límites insuperables a la acción de la Administración 258
7.2. El fundamento de validez de la acción de la Administración: el sistema de fuentes normativas……. 262
7.3. Los poderes legislativos extraordinarios 267
7.3.1. Decretos presidenciales que promulgan los tratados internacionales celebrados por el país y aprobados por el Congreso Nacional……..... 268
7.3.2. Normas de organización interna de los poderes 269
7.3.3. El poder normativo de las Universidades 274
7.3.4. *Resoluções* del *Conselho Nacional de Justiça* y del *Conselho Nacional do Ministério Público* 276
7.3.5. El poder normativo de las *Agências Reguladoras* 279
7.3.6. Las *resoluções* del *Tribunal Superior Eleitoral* 288
7.3.7. Decisiones normativas de la Justicia del Trabajo 292
7.4. El principio de seguridad jurídica: la irretroactividad de la ley y de los actos administrativos……..... 295
7.5. La igualdad ante la ley: la exigencia de no discriminación..... 302
7.6. La función administrativa..... 306
7.7. La reserva de administración 310
7.8. El principio de legalidad 316
7.8.1. La sumisión de la Administración al Derecho (art. 37) 316
7.8.2. La vinculación de la Administración Pública a la ley (art. 5º, II)…….. 320
7.8.3. Las reservas específicas de ley..... 325
8. CONCLUSIÓN 330
9. BIBLIOGRAFIA 337

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ADC	*Ação Direta de Constitucionalidade*
ADI	*Ação Direta de Inconstitucionalidade*
ADPF	*Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental*
AI	*Agravo de Instrumento*
AIRESP	*Agravo de Instrumento em Recurso Especial*
ARE	*Agravo em Recurso Extraordinário*
BVerfG	*Bundesverfassungsgericht*
BVerfGE	*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*
CE	Constitución de España
CNJ	*Conselho Nacional de Justiça*
CNMP	*Conselho Nacional do Ministério Público*
ED em RE	*Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário*
HC	*Habeas Corpus*
MC	*Medida Cautelar*
MC-AgR	*Agravo Regimental na Medida Cautelar*
MS	*Mandado de Segurança*
NSP	Norma sobre la producción jurídica
OEA	Organización de los Estados Americanos
PCA	*Procedimento de Controle Administrativo*
RE	*Recurso Extraordinário*
RMS	*Recurso em Mandado de Segurança*
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJ	*Superior Tribunal de Justiça*
STF	*Supremo Tribunal Federal*
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TSE	*Tribunal Superior Eleitoral*

PARTE I – PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUANDO LAS IDEAS NO CORRESPONDEN A LOS HECHOS

1.1. La función administrativa, el verdadero *Leviatán*

Desde los tiempos más remotos, por absoluta necesidad de conciliación de los intereses y acciones de los miembros del grupo, las comunidades humanas han desarrollado estructuras políticas para la organización de la vida en común. En la medida en que los agrupamientos humanos se hacen más grandes y complejos, estas estructuras también se vuelven más complejas, resultando aproximadamente a partir del siglo XVI en lo que se ha llamado "Estado" o "Estado moderno",[1] una forma de organización de las estructuras de autoridad y poder "*contrassegnata dal fatto che una sola istanza, quella statuale appunto, detiene il monopolio legittimo della costrizione fisica*."[2]

A lo largo de la historia, diversos fueron los modelos de Estado pero, gracias a su naturaleza política, al Estado siempre le corresponden al menos[3]

[1] La determinación de las estructuras políticas que caracterizan un "Estado" es bastante controvertida. Algunos politólogos y juristas solo reconocen como Estado aquellas estructuras que se desarrollarán a partir de fines del siglo XV. Así que Luis Cosculluela Montaner (*In Manual de Derecho Administrativo parte general.* Madrid, Civitas, 2012, p. 21) afirma que "El Estado, como institución organizada de dominación política, es una creación de la Edad Moderna." Otros, sin embargo, reconocen la figura del "Estado" en algunas estructuras políticas pretéritas al Estado Moderno. En este sentido, según Andrés de Blas Guerrero y María Josefa Rubio Lara *(En Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones*. Editorial UNED, 2013, p. 51): "El término Estado se usa en un sentido amplio para designar a cualquier organización política, ya se trate de la polis, de la civitas, de los imperios o de los territorios y reinos medievales. En un sentido restringido, la palabra Estado, denomina la forma política que se generaliza en Europa a partir de los siglos XV y XVI." La distinción, sin embargo, no es importante para el presente estudio. Utilizaremos el término "Estado" en su sentido amplio, de "comunidad políticamente organizada" (DABIN, Jean. *Doctrine générale de L'État. Eléments de philosophie politique*. Bruselas, 1939; versión en español, Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 358).

[2] MATTEUCCI, Nicola. *Lo Stato moderno: lessico e percorsi*. Bologna, Il mulino, 1993, p. 15. El Estado no es el único autorizado a utilizar la fuerza física, pero la utilización de la fuerza física por las demás personas solamente es válida cuando está autorizada por el Estado. Según Max Weber (*Politik als Beruf*. 1919; versión en español, *El político y el científico.* Madrid, Alianza editorial, 1975, p. 83): "Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite."

[3] En este estudio no adentraremos en el debate sobre las funciones que competen al Estado, una vez que depende de la definición misma de la naturaleza del Estado, que ha cambiado a lo largo de la historia en función de las expectativas y necesidades que han surgido en cada comunidad política. Hay aquellos que, como Jorge Miranda (*Funções do estado*. Revista de

definir los límites de la acción de los individuos (legislación), garantizar la observancia de las reglas sociales y aplicar la sanción a los eventuales infractores (jurisdicción), además de ejercer directamente las actividades de satisfacción de necesidades materiales consideradas de responsabilidad de toda la colectividad (administración). [4]

De estas tres actividades, la administración es, desde luego, la actividad de más gran impacto en la vida de los individuos, y ello por dos razones muy simples: porque es una actividad que se ejerce directamente en la realidad concreta y, además, porque se pone en marcha independientemente de la voluntad de las personas afectadas (*ex officio*). Estas dos características la diferencian de las actividades legislativa y judicial.

La actividad legislativa, por regla general, cambia solamente el estatus formal de los individuos, sin producir ningún efecto inmediato en la realidad material. El legislador[5] instituye "reglas abstractas que, como tales, no dominan de un modo inmediato la realidad, sino que necesitan de una actividad propia motivada por aquellas reglas, con la cual poder realizar los hechos objetivos que a ella le corresponden".[6] Así que, *verbi gratia*, una ley que considera como crimen el homicidio y le imputa al homicida la pena privativa de libertad no repercute inmediatamente en la prisión de todos los homicidas, sino que

---

Direito Administrativo, v. 189, 1992, p. 87), consideran que *"nenhuma função é por essência ou deixa de ser função do Estado*". Por supuesto que los fines del Estado son una opción del cuerpo social, pero es de la naturaleza de cualquier forma de organización política, incluida la estatal, la actividad de definición de las decisiones fundamentales de la sociedad y ejecución de estas decisiones, así que todos los modelos de Estado que se desarrollaron a lo largo de la historia asumieron como propias, en mayor o menor grado, las actividades legislativas, administrativa y jurisdiccional.

[4] El concepto de la función administrativa es el más indefinido de todos, ya que no tiene un contenido único, dependiendo del modelo de Estado adoptado por la Constitución. Además, los Estados contemporáneos asumen como propias la realización de variadas actividades materiales que, gracias a la diversidad de naturaleza entre ellas, no pueden ser resumidas en un único concepto. Como advierte Odete Medauar (*A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo, Revista dos Tribunais*,* 2008, p. 57), "*a dificuldade de caracterizar sempre existiu, mas na época atual se agravou porque a Administração se tornou mais complexa e se mostra cada vez mais como centros diferenciados que realizam atividades de diferentes tipos, sob formas e regimes também diversos*". Utilizamos un concepto lo suficientemente amplio para que quepa la generalidad de las actividades administrativas, especialmente las actividades de fomento, policía y servicios públicos. De todas maneras, la inclusión o exclusión de una u otra actividad en el rol de la función administrativa no cambia el raciocinio aquí empleado.

[5] En el sentido material del término, es decir, en el sentido de *corpus* responsable por determinar las normas de conducta de la sociedad. Este *corpus*, como la doctrina alerta y la realidad lo enseña, ni siempre dicta normas generales de conducta, sino que, a menudo, decide respecto de actos concretos.

[6] JELLINEK, Georg. *Allgemeines Staatslehre.* Berlín, 1911; versión en español, *Teoría general del Estado.* México D.F., Fondo de cultura económica, 2000, p. 539.

depende de medidas posteriores (persecución, enjuiciamiento, condenación, ejecución de la pena, etc.) para que la ley tenga efectos concretos. De la misma manera, la obligación legal del deudor de pagar al acreedor no garantiza materialmente el pago.

En el siglo XX, los Estados nacionales occidentales asumen para sí la función de implantar la justicia social y llevar el bienestar material a los ciudadanos, lo que lleva a la proliferación de leyes de efectos concretos, cuyo contenido no es una norma sino un acto administrativo, las llamadas leyes-medida, según la nomenclatura dada por Ernst Forsthoff. Sin embargo, aunque la generalidad no sea una exigencia intrínseca a la validez de las leyes,[7] la actividad legislativa es una actividad esencialmente normativa, de imposición de reglas abstractas y generales que ordenan el comportamiento de un número indeterminado de destinatarios y situaciones mediante su aplicación indefinida.[8]

La actividad judicial, a su vez, como regla, queda inactiva hasta que sea solicitada por alguien que se sienta lesionado en sus derechos, lo cual está establecido como principio por la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como el español (art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)[9] y el brasileño (art. 2º de la Ley 13.105, de 2015).[10] Salvo en los casos expresamente previstos en ley, el Estado-juez solo interviene en la vida de los particulares cuando haya sido instado por una de las partes en conflicto.

Además, al fin y al cabo, es la actividad administrativa la que garantiza la efectividad de las actividades legislativas y judicial, ya sea proveyendo los

---

[7] Según ZAGREBELSKY (*Manuale di diritto costituzionale*. Ed. UPET, Turin, Italia, 1992, p. 12), las únicas normas que deben siempre ser generales son las normas sobre la producción jurídica, que organizan todo el proceso de producción de normas y que, por ello, no pueden ser casuísticas, destinadas a agotar sus efectos en la regulación de un caso singular, so pena de no existir el mínimo de estabilidad necesaria para la existencia de un verdadero orden jurídico. Es posible, además, que la generalidad sea un requisito de validez de alguna norma, como las normas que regulan los derechos fundamentales en Alemania, que, por fuerza del art. 19.1 de la Constitución de Bonn deben ser leyes generales y abstractas.

[8] Cfr. MARTOS, José Antonio Montilla. *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*. Civitas, 1994, p. 121. Según advierte el autor, estas medidas de intervención concreta adoptadas por el legislador, aunque contenidas en una fuente con fuerza de ley, no son normas jurídicas, puesto que la generalidad y abstracción es un atributo ontológico de la norma jurídica.

[9] "Artículo 216. Principio de justicia rogada.
Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales."

[10] "*Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.*"

medios materiales para su funcionamiento (la burocracia administrativa de apoyo), ya sea ejecutando materialmente sus decisiones.[11]

Finalmente, la actividad administrativa se caracteriza por la multiplicidad y diversidad, lo que hace que esté presente por doquier. En la actualidad, estamos muy lejos del ideal de Estado liberal, donde "sólo se concebía la limitación de la libertad por razones de seguridad y salubridad pública", y "hemos llegado a una en que no existe esfera o realidad social que escape a la limitación por los motivos más diversos".[12] Desde que uno se despierta por la mañana hasta el momento en que se acuesta al final del día, en todos estos momentos de la vida diaria del ciudadano, la administración pública está presente, prohibiendo, determinando, reglamentando, limitando, ayudando, construyendo y prestando servicios.

La ampliación de las actividades del Estado, además, ha obligado a la administración a utilizar cada vez más medios de limitación (servidumbres, ocupaciones temporales) y expropiación forzosa de la propiedad privada y a aumentar la exigencia de contribuciones obligatorias de naturaleza pecuniaria (tributos).[13]

Las actividades de policía administrativa se han ampliado considerablemente, limitando la iniciativa privada no solamente en beneficio del orden y de la salud pública, sino también de otros diversos ámbitos sociales considerados ahora dignos de especial protección, como el medio ambiente, las relaciones de trabajo, el orden económico, etc. Además, no solo la finalidad de la actividad de la policía administrativa se ha ampliado, sino también los medios de acción. Además de obligaciones negativas de no hacer, el poder de la policía impone obligaciones de soportar e incluso obligaciones positivas de hacer.[14]

Pero no es la cantidad de actividades administrativas lo que representa el peligro más grande para la libertad de las personas, sino los medios que la Administración dispone para lograr su finalidad. Para llevar a cabo estas actividades, el Estado tiene a su disposición una gran cantidad de recursos

---

[11] Cfr. JELLINEK, Georg. *Teoría general del…, cit.,* p. 541.
[12] PÉREZ, Jesús González. *Administración pública y libertad.* México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. XXXVIII.
[13] Cfr. PÉREZ, Jesús González. *Administración pública y…, cit.*, p. 1 e ss.
[14] Cfr. FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa.* Revista de Administración Pública, 1953, n. 11, p. 11-32.

financieros, materiales y humanos. Goza, además, de prerrogativas y privilegios jurídicos que le permiten invadir la esfera de libertad y propiedad del individuo, de manera imperativa, unilateral y autoejecutable. Como bien expuso Eduardo García de Enterría,[15] las potestades de la administración le confieren "un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones."

Es, por todo ello, el poder ejecutivo mucho más que cualquiera de los otros poderes, el que más ejerce la fuerza de dominación del Estado sobre los individuos. Aunque la filosofía política, desde la Era Moderna, haya frecuentemente identificado al poder político con el poder de dictar las leyes, él se caracteriza, sobre todo, por el desarrollo de una burocracia administrativa permanente y profesional de naturaleza civil y militar capaz de hacer cumplir la voluntad del gobierno incluso en el rincón más alejado del país. El poder está no tanto en la capacidad de decidir, sino más bien en la capacidad de ejecutar las decisiones. Como muy bien destaca Juan Manuel Olarieta Alberdi,[16] el poder de ordenar "supone el dominio de la fuerza y de los medios capaces de imponer la obligación a los ciudadanos". La Administración, desde luego, es el poder del Estado que dispone de estos medios.

En definitiva, la figura del *Leviatán* de Hobbes, aquel "Dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa", que "posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar la voluntad de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero"[17] se materializa especialmente en el poder ejecutivo del Estado. Su virtud es justamente su maldición. El gran poder que le damos para proveer el bien común es el mismo poder que, utilizado indebidamente, es capaz de aplastar al individuo. Hay que vigilarlo y contenerlo.

---

[15] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón**.** *Curso de derecho administrativo.* Madrid, Civitas, 2006, p. 434.

[16] ALBERDI, Juan Manuel Olarieta. *La separación de poderes en el constitucionalismo burgués.* Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences, v. 32, n. 4, 2011, p. 337.

[17] HOBBES, Thomas. *Leviathan: Or, the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil.* London, 1651; versión española, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil.* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 141.

1.2. La legalidad: el poder bajo control

El Estado moderno ha sido, a lo largo de su historia, representado pictóricamente por imágenes que evocan la idea de poder: el cetro, el pentagrama, la corona, el trono, el águila, el león, la espada, el escudo y, finalmente, la imagen que, gracias a la obra de Thomas Hobbes, ha sido inmortalizada en el imaginario colectivo, el *Leviatán*[18], la tortuosa y veloz serpiente marina descrita en el Antiguo Testamento[19], de corazón "firme como una piedra y fuerte como la muela de abajo", "animal exento de temor", que "no hay sobre la tierra quien se le parezca". (Libro de Job, 41)

De hecho, es el poder lo que caracteriza al Estado[20] o, más precisamente, según Renato Alessi,[21] el poder jurídicamente atribuido de imponer unilateralmente su voluntad.

La relación de poder es, por naturaleza, impositiva, una relación de imposición de la propia voluntad sobre la conducta ajena.[22] Consiste en la anulación del poder de resistencia de uno frente a la acción del otro. La voluntad que no se impone ante una resistencia no es poder; pero, la voluntad que se

---

[18] La iconografía está repleta de representaciones del Leviatán. La representación más famosa quizá sea la "*Destruction of Leviathan*", grabado hecho por Gustave Doré en 1865. Hobbes (*Leviatán o la…, cit,* p. 135), sin embargo, ha utilizado en su libro "El Leviatán" de una alegoría de Abraham Bosse, de 1676, que muestra a un rey cuyo cuerpo está formado por una multitud de hombres, probablemente una alegoría de la propia imagen del soberano presentada en la obra: "Una multitud de hombres se convierte en una persona cuando está representada por un hombre o una persona, de tal modo que ésta puede actuar con el consentimiento de cada uno de los que integran esta multitud en particular. Es, en efecto, la unidad del representante, no la unidad de los representados lo que hace la persona una, y es el representante quien sustenta la persona, pero una sola persona; y la unidad no puede comprenderse de otro modo en la multitud". Respecto de las diversas representaciones del Leviatán en las artes, cfr. ARRANZ, José Julio García. *En las fauces de Leviatán: contextos iconográficos de la boca zoomorfa del infierno en el imaginario medieval.* De Medio Aevo, v. 13, n. 1, p. 45-76, 2019.

[19] Cfr. NELSON, Wilton M. *Nelson's new illustrated bible dictionary.* 1995; versión en español, *Nuevo Diccionario Ilustrado de la Biblia.* Nashville, Editorial Caribe, 1998, p. 668.

[20] No se quiere aquí decir que el Estado solamente actúa por medio de actos de imperio, ni que el régimen jurídico administrativo se aplica solamente a los actos de autoridad, dejando al derecho privado la regulación de los actos de gestión como ha planteado BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, Arthur Rousseau, 1926, p. 40 y ss), sino que lo que diferencia al Estado de las demás personas y estructuras sociales es el poder jurídico que él tiene de imponer unilateral e imperativamente su voluntad a los demás.

[21] ALESSI, Renato**.** *Sistema istituzionale di Diritto Amministrativo.* Milano, 1960, edición española, *Instituciones de derecho administrativo*. Volume I. Barcelona: Bosch,1970, p. 181.

[22] Cfr. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen,* 1922, versión española, *Economía y sociedad.* Vol. I. México D.F., Fondo de cultura económica, 1996, p. 696.

impone sin límites retira la condición de persona al dominado que se convierte en mero objeto de la acción del dominador. Por ello, tan pronto se impone un poder, surge el problema de su contención.

Para que la Administración no rebase sus finalidades, sirviéndose de sus poderes para oprimir a las personas, se han desarrollado múltiples instrumentos jurídicos de control de su actividad, como la sumisión de los actos administrativos a un procedimiento reglado (proceso administrativo), el derecho de petición de los ciudadanos a los órganos administrativos, la institución de órganos de control interno de la Administración, la institución de tribunales de control de la actividad presupuestaria de la Administración, etc. Sin embargo, por encima de todos estos instrumentos jurídicos específicos, en el Estado Democrático de Derecho el control de la actividad administrativa está basado fundamentalmente en el concepto de legalidad.

La legalidad administrativa es, en líneas generales, la sumisión de los actos de la Administración Pública a las leyes dictadas por el Parlamento. La ley es la herramienta que se ha desarrollado para que la definición y aplicación de las normas de conducta válidas no se quedaran al albedrío de las personas que detentaran ocasionalmente el poder político; es la garantía de que el individuo, antes de actuar, sepa si su acción es aprobada o desaprobada por el ordenamiento jurídico y en qué medida, de modo que pueda elegir libremente el resultado que más le convenga. Para que la definición del valor de la conducta no quede a merced de las fuerzas ocasionales, debe estar previamente determinada por la ley, general y abstracta, que no conoce amigos ni enemigos, que no concede favores ni organiza persecuciones. En suma, se pretende lograr que cada persona sea consciente por anticipado de las consecuencias de sus actos, y que la determinación de estas consecuencias no quede relegada al arbitrio de un individuo o grupo.

La legalidad administrativa no surge como un accidente histórico o mero planteamiento ideológico, sino que, como Maximo Severo Giannini[23] resalta, surge “tras un largo y atormentado itinerario de experiencia de los hombres”. La conclusión, más o menos pacífica, que se ha extraído de las discusiones teóricas

[23] GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo.* Milano, 1970; versión española, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo.* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 17.

y experiencias políticas concretas es que la mejor manera de determinar las normas sociales vigentes sería a través de normas generales y abstractas aplicables a todas las situaciones futuras, fruto de la decisión colectiva de un cuerpo de representantes elegidos por el voto de los miembros de la comunidad. Para asegurarse de que estas normas no sean manipuladas a favor de sus emisores, su ejecución es confiada a órganos distintos e independientes. Para asegurarse de que las normas reflejan al máximo la voluntad de la sociedad, los legisladores son directamente elegidos por medio del sufragio universal. Para asegurarse de que la voluntad de la sociedad es soberana, las normas dictadas por el poder legislativo se sobreponen a los actos de los demás poderes constituidos, especialmente sobre los actos administrativos.[24] Todos estos postulados "conducen inexorablemente a la primacía de la ley como fuente del derecho".[25]

Las potestades que se adjudican a los poderes del Estado son instrumentos para la persecución de los fines que le son atribuidos. La legalidad es la relación necesaria que se establece entre los medios y los fines del Estado. Es, por ello, el término medio entre el poder estatal y la libertad individual. Como en el mito de Ícaro, no se debe volar ni tan alto ni tan bajo. Ni tanto al cielo, ni tanto al mar. En los dos extremos está la tragedia, sea por el exceso de poder, que lleva a la violencia y la arbitrariedad en la acción estatal, sea por la ausencia de poder, que conduce a la incapacidad del Estado de proveer la protección y los bienes de los que necesita la sociedad y, especialmente, las personas más vulnerables.

1.3. Planteamiento del problema: cuando un concepto no corresponde a la realidad

A pesar de la legalidad ser la piedra angular de toda la construcción del Derecho Administrativo contemporáneo, su definición es uno de los conceptos más controvertidos de la ciencia del Derecho, dando lugar a un sinfín de teorías

[24] Todos los poderes constitutivos del Estado, así como los particulares, están sometidos al principio de legalidad. Sin embargo, como resalta Riccardo Guastini (*Le fonti del diritto: fondamenti teorici.* Giuffrè Editore, 2010, p. 97), "*tradizionalmente, il principio di legalità è riferito non ai pubblici poteri in genere, ma specificamente al potere executivo*".
[25] LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual.* Madrid, Trotta, 2007, p. 151.

y opiniones respecto a la naturaleza y los límites de la sumisión de la Administración a la ley.

El debate sobre la sumisión de la Administración Pública a la ley oscila, como un péndulo, entre dos extremos: o bien se admite que la Administración sólo puede hacer lo que la ley expresamente permita (vinculación positiva a la ley), o bien que la Administración puede hacer todo aquello que no esté prohibido por una ley (vinculación negativa a la ley). Por un lado, el modelo de vinculación positiva a la ley, planteado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y por la Constitución francesa de 1791; por otro, el modelo de vinculación negativa planteado en Alemania tras la fundación de la Confederación Germánica.

En Brasil, el concepto de legalidad de los revolucionarios franceses ha echado raíces profundas. El artículo 5º, II, de la Constitución brasileña declara que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". La Constitución ha adoptado una redacción casi idéntica a la del artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene". Por esta razón, la doctrina[26] y la jurisprudencia brasileñas[27] históricamente han formulado el mismo concepto de legalidad administrativa de los revolucionarios franceses, admitiendo la intervención de la Administración Pública en la esfera jurídica de los particulares solamente en las hipótesis y de la forma prevista en la ley, lo que equivaldría a la negación formal de cualquier voluntad autónoma a los órganos administrativos, que solamente estarían autorizados a hacer lo que la ley prescribe.[28] Más que una fuente superior (principio de supremacía), la ley sería la única fuente legítima para intervenir en la libertad privada (reserva de ley). En

[26] Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* São Paulo, Malheiros, 2015, p. 988; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 141; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* Saraiva, São Paulo, 2003, p. 71; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* Atlas, São Paulo, 2012, p. 65.

[27] Cfr. las siguientes decisiones del *Supremo Tribunal Federal*: RE n. 195227/DF; *RE n. 435268/SP; ARE n. 900481/PR; ARE n. 1363659/RS*.

[28] Cfr. BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.* Revista de Direito Administrativo, 2005, vol. 239, p. 7.

resumen, los actos de la Administración estarían *positivamente vinculados* a la ley (*positive bindung*), según la nomenclatura acuñada por el austriaco Günther Winkler.

Sin embargo, una breve mirada a la *praxis* administrativa en Brasil es capaz de enseñar lo incorrecta que es esta afirmación, ya que la Administración Pública actúa diariamente creando, alterando o extinguiendo relaciones jurídicas en situaciones no previstas por la ley.

Ante la perplejidad provocada al observar de cerca la realidad, donde brotan ejemplos diarios de actos administrativos que no se basan directamente en ninguna disposición legal específica, y gracias a la fuerte influencia de la teoría del Estado alemana, se han importado para el Derecho brasileño muchas de las formulaciones que se han desarrollado en el Derecho público alemán de fines del siglo XIX, especialmente la doctrina de Otto Mayer.

Basándose en la experiencia del Derecho alemán del siglo XIX, algunos han defendido en Brasil que la Administración puede hacer todo lo que no esté prohibido por una ley, lo que equivaldría a decir que en los espacios exentos de regulación legal la Administración gozaría de un poder ilimitado. Es lo que Günther Winkler ha llamado de vinculación negativa a la ley (*negative bindung*).

Esta concepción se utiliza, en sus fundamentos, de los conceptos de la teoría del Estado del período de la Restauración, que se consolidó como modelo de las monarquías europeas del siglo XIX, en especial de los estados alemanes, que reconocían al rey el poder originario del Estado (principio monárquico), pero exigiéndose que la intervención en la libertad y propiedad de los súbditos solamente fuera admitida por medio de una ley dictada con la colaboración de los representantes de los estamentos.[29] De esta manera, habría una vinculación meramente negativa de la administración, que podría hacer todo lo que no estuviera expresamente prohibido por ley.

Sin embargo, al igual que el modelo de la Revolución Francesa, el modelo alemán del siglo XIX tampoco se ajusta a las bases estructurales del orden jurídico brasileño inaugurado por la Constitución de 1988, que se

[29] Cfr. POLAKIEWICZ, Jörg. *El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania.* Revista de estudios políticos, 1993, n. 81, p. 24; STARCK, Christian. *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes,* Baden-Baden, 1970; versión española, *El concepto de ley en la Constitución alemana.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 119 y ss.

constituye, según su art. 1º, en Estado Democrático de Derecho, que se caracteriza justamente por su peculiar forma de actuar, completamente sometida al Derecho, no habiendo, por ello, espacios de ejercicio de poder al margen de las normas del orden jurídico. Lo que en las monarquías del siglo XIX se reconocía como el ámbito propio de la política, no controlable por el Derecho, no se puede admitir en el Estado de Derecho, dónde cualquier poder político solo es legítimo si es ejercido en la forma y límites jurídicamente determinados.

En la actualidad, se observa la fuerte tendencia en Brasil[30] a la identificación del principio de legalidad con el concepto de "principio de juridicidad", desarrollado por Adolf Merkl,[31] que significa la adecuación de la acción administrativa al orden jurídico en su totalidad, independientemente de la fuente de origen,[32] posición que ha ganado relevancia en Alemania, especialmente a partir de la promulgación de Constitución de 1949, que determina que el Poder Ejecutivo está sometido "a la ley y al Derecho" (art. 20.3).[33]

En este sentido, la legalidad equivaldría a la sumisión del poder político al derecho, o sea, a la eliminación de los poderes arbitrarios, inmunes al control.[34] En palabras de Georges Vedel:[35] "El principio de legalidad aplicado a

---

[30] Cfr. DA SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *O direito administrativo no divã do Estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa.* Revista da ESMESC, 2014, vol. 21, n. 27, p. 218; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Inovações no direito administrativo brasileiro.* Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), 2005, vol. 3, n. 5, p. 212.

[31] MERKL, Adolf Julius. *Allgemeines verwaltungsrecht*. Wien; Berlin, J. Springer, 1927; versión en español, *Teoría general del derecho administrativo.* Granada, Editorial Comares S.L., 2004, p. 205 y ss.

[32] Sin embargo, el propio MERKL (*Teoría general…, cit.*, p. 208 e ss.) diferenciaba la juridicidad de la legalidad. El autor parte de las consideraciones de su maestro, Hans Kelsen, para definir que el principio de juridicidad es la conexión entre derecho y administración que se plantea por medio de la regla de producción que autoriza la acción administrativa. El principio de legalidad es una "juridicidad cualificada", que exige que la autorización sea dada por una ley.

[33] La Constitución de Alemania ha influenciado a la legislación constitucional de diversos países, como la Constitución española, que dispone que la Administración Pública actúa "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (art. 103.1), o a la legislación infraconstitucional, como la Ley del Procedimiento Administrativo General de Perú, Ley n. 27444, de 2001, que dispone que "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho" (art. IV, 1.1); la ley General de la Administración Pública de Costa Rica (Ley n. 6.227, de 1978), que determina que la Administración "actuará sometida al ordenamiento jurídico" (art. 10); o a la Ley de procedimiento administrativo federal de Brasil, que determina que en los procedimientos administrativos, la Administración deberá actuar "conforme a la ley y al derecho (art. 2º, párrafo único, I).

[34] Respecto de la legalidad como la extinción de los ámbitos del poder político inmunes al derecho, cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).* Madrid, Civitas, 1983.

[35] VEDEL, Georges. *Droit administratif,* Paris, 1958; versión española, *Derecho administrativo.* Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 219.

la Administración expresa, pues, la regla según la cual la Administración debe actuar conforme al Derecho."

El control jurídico del poder político, sin embargo, es lo que caracteriza en esencia a la organización jurídico-política del Estado de Derecho contemporáneo, dónde no hay persona ni espacio exento de obediencia al orden jurídico. En este aspecto, no solo la Administración Pública, sino todos los poderes del Estado y todos los particulares deben obediencia a la ley y demás normas jurídicas. El principio de legalidad, sin embargo, es uno de los principios fundamentales *específicos* de la Administración Pública, según lo previsto en el art. 37 de la Constitución brasileña[36], y tiene, por lo tanto, que significar algo más, algo propio de la Administración, so pena de vaciarse por completo el significado del principio constitucional. Hay, pues, que definir lo que es el principio de la legalidad *administrativa*.

La mera sujeción al orden jurídico, sin embargo, no añade nada de específico al estatuto jurídico de la Administración. Todos los sujetos de derecho están bajo las normas jurídicas. La Administración Pública, gracias a su naturaleza y finalidad, se somete a un régimen jurídico diferenciado, cuyos principios constitutivos son diferentes de aquellos que rigen la acción de los particulares. Es la singularidad de los principios de una disciplina jurídica lo que le garantiza autonomía frente al régimen de otras disciplinas.[37] La legalidad administrativa tiene trazos distintivos que la diferencia de la legalidad a la que están sometidos los particulares en general. En consecuencia, hemos de estar de acuerdo con Díez-Picazo:[38] "El principio constitucional de legalidad tiene que significar algo más que la prohibición del funcionamiento arbitrario de la Administración y el Poder Judicial."

Los modelos de legalidad de la Francia revolucionaria y de la Alemania del siglo XIX, sin embargo, no son los polos del único eje en que la administración puede moverse. Al contrario, en el contexto de las sociedades contemporáneas, estos dos modelos, tal y como fueron idealizados, son irrealizables. El siglo XX

[36] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"
[37] Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito..., cit.*, p. 93.
[38] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?).* Revista española de derecho constitucional, 1988, p. 85.

ha traído transformaciones en la estructura del Derecho y del Estado que cambiaron decisivamente la estructura del principio de legalidad administrativa.

El principio de la legalidad es uno de los dogmas estructurantes del Estado Democrático de Derecho, "proposición general que condiciona la totalidad de un sistema jurídico",[39] luego la indefinición de sus supuestos conceptuales conduce a la desestructuración de toda la dogmática[40] jurídica subyacente. Como advirtió Theodor Viehweg,[41]

> "una dogmática, cualquiera que sea su estructura, surge y desaparece con sus enunciados esenciales. Cuando éstos dejan de ser sostenidos o, por alguna razón, se vuelven confusos e inseguros, la dogmática se disuelve".

El régimen jurídico al que se somete la Administración tiene como base fundamental el principio de legalidad, por lo que la definición precisa de los términos de este principio es fundamental para la correcta estructuración de todo el sistema jurídico.

---

[39] MOLES CAUBET, Antonio. *Implicaciones del Principio de Legalidad.* Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. II, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 138.

[40] El término "dogmática" ha sido utilizado por los juristas en diversos sentidos. Cfr. NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. *Dogmática jurídica.* EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 2014, p. 245-260. En el texto, utilizamos el término en el mismo sentido que Helmut Coing (*Historia del derecho y dogmática jurídica.* Revista chilena de Derecho, 1982, vol. 9, p. 245), como sinónimo de "ciencia del derecho", más específicamente como "ciencia de un Derecho positivo vigente".

[41] VIEHWEG, Theodor. *Topik und Rechtsphilosophie,* 1954; versión en español, *Tópica y filosofía del derecho.* Barcelona, Gedisa, 1997, p. 17.

PARTE II – RECORRIDO HISTÓRICO

2. EL ESTADO LEGAL DE DERECHO: EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA

2.1. El surgimiento de la legalidad administrativa

Es siempre problemática la respuesta sobre hasta dónde se debe ir para investigar las causas de un problema. ¿Por dónde empezar? Es la pregunta que nos salta a la mente. Bueno, sigamos el consejo del rey: "Empieza por el principio – dijo el Rey muy serio –, y sigue hasta llegar al final; entonces para" ("Aventuras de Alicia en el país de las maravillas", de Lewis Carrol).

La legalidad administrativa es, en apretada síntesis, la sumisión del poder ejecutivo del Estado a normas exteriores dictadas por un poder legislativo independiente. De esta forma, no es posible hablar de un principio de legalidad administrativa sin que estén presentes acumulativamente tres condiciones: a) la sumisión de la actividad administrativa a normas generales, permanentes y obligatorias; b) la división, no solamente funcional sino también institucional, de las actividades de legislar y administrar; y c) la independencia del legislador frente al administrador.

Pese a que Inglaterra, tras la Revolución Gloriosa de 1688 y Estados Unidos tras la declaración de independencia, ya habían desarrollado una organización política en la que se reconocía conceptos similares, las características del *common law* impedían que la ley fuera elevada al estatus de fuente suprema del derecho y, de esta forma, estos países no desarrollaran un principio de legalidad administrativa o, más bien, no desarrollaran un principio de legalidad específico para la Administración.[42]

Dadas las características propias de los órdenes jurídicos inglés y estadunidense, no se ha planteado en estos países un principio de legalidad administrativa, o al menos no se ha planteado un principio de sumisión absoluta

[42] Según Albert Venn Dicey (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* Indianapolis, Liberty Class, 1982, p. 121), "*there can be with us nothing really corresponding to the "administrative law" (droit administratif) or the "administrative tribunals" (tribunaux administratifs) of France*."

a la ley en los moldes de los sistemas del *civil law* de origen romano-germánico. Las condiciones necesarias para el nacimiento de este principio de vinculación de la acción administrativa a la ley solo surgirán unos años más tarde en el Estado francés inaugurado por la revolución de 1789, cuando la Administración Pública adquiere "*un'organizzazione giuridicamente garantita ed esteriormente obbligatoria*", como ha sido bien enfatizado por Guido Zanobini[43] y la ley, a su vez, recibe el estatuto de una fuente primaria de dónde emanan los poderes administrativos del Estado.

Es desde aquí desde dónde se debe empezar. Pero, más que el inicio, el modelo francés es el modelo ideal del cual se parte cuando se habla de principio de legalidad. Es en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Constitución francesa de 1791 dónde se positivaron de forma sistemática los principios de libertad, soberanía popular, supremacía de la ley y división de poderes, conceptos claves para la comprensión del principio de legalidad. Estas ideas, germinadas en la Ilustración, serán puestas en práctica de forma paradigmática por los revolucionarios franceses.

2.2. Antecedentes históricos: la lucha por la limitación del poder político

El origen de la organización de un cuerpo especializado de personas responsables para la administración de los asuntos de interés de la comunidad se pierde en la noche de los tiempos. Cualquier Estado, advierte Guido Zanobini,[44] por más primitivo que sea, ejerce actividades de naturaleza administrativa.[45] Sin embargo, en la Antigüedad, hasta en aquellas civilizaciones que han desarrollado estructuras políticas especializadas, funcionalmente separadas de las demás estructuras sociales y religiosas, no se ha desplegado un régimen jurídico propio para ordenar estas actividades, es decir, no había un derecho administrativo.

---

[43] ZANOBINI, Guido. *L'attivitá administrativa e la legge. En* Scritti Vari di Diritto Pubblico. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1955, p. 41.
[44] ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo: Principi generali.* Vol. 1. Giuffrè, 1958, p. 38.
[45] Según informa Omar Guerrero (*Introducción a la administración pública*. Editorial Haría. México, 1985, p. 8): "Al igual que las ancestrales civilizaciones de Oriente – Egipto y Babilonia – la administración pública, se remonta en la antigüedad hasta perderse su punto de inicio, aunque los documentos más antiguos se localicen no en esos países, por cierto, sino en la India."

Las normas de conducta de los pueblos de la Antigüedad, en general, no formaban un conjunto sistémico, no estaban diferenciadas de las demás normas sociales (religión, moral, etc.), y tampoco eran producidas y garantizadas por una estructura permanente e institucionalizada.[46] A menudo, no había diferenciación interna entre las autoridades a las cuales era adjudicado el poder de establecer el derecho, de ejecutarlo y vigilar su cumplimiento. Ordinariamente, el poder político se manifestaba mediante órdenes concretas;[47] no existía el desarrollo de un sistema jurídico de normas de tipo general aplicable a una clase general de personas. Por ello, en la Antigüedad no se desarrolló ningún sistema específico de normas para regular la conducta de los órganos ejecutivos del poder político. Según Massimo Severo Giannini,[48] en la Administración Pública de los Estados de la Antigüedad no había ni organización ni normalización propia.

Hasta en Roma, dónde se desarrolló una "excelente organización administrativa"[49] y un verdadero sistema jurídico, es decir un conjunto sistemático y autónomo de reglas, distinto no solo de la religión,[50] sino también de las costumbres y de la moral,[51] no hubo propiamente un derecho administrativo. Había normas de organización administrativa,[52] pero no un conjunto sistemático de normas que regularan especialmente la conducta de los agentes administrativos.

En todas las sociedades de la Antigüedad las normas existentes tenían una función más práctica de organización de la actuación de las autoridades administrativas; no tenía "la intención de conformar un cuerpo sistemático de

[46] Cfr. ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho.* Barcelona, Editorial Ariel, 2009, p. 24 y ss.
[47] Ante la ausencia de normas escritas, y gracias a la creencia en la total sumisión del hombre al orden natural del mundo, históricamente la autoridad política nace – y permanece a lo largo de toda la Antigüedad - como juez antes que legislador. Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume III: Diritto e processo costituzionale.* Roma Tre-Press, 2019, p. 71.
[48] GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e..., cit*., p. 21.
[49] GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e*..., *cit.,* p. 19.
[50] Cfr. BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit.* Paris, 1989; versión em español, *Teoria geral do direito.* São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 58.
[51] Cfr. BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence.* Nueva York, 1940; versión española, *Teoría del derecho.* Fondo de Cultura económica, 1994, p. 98.
[52] Cfr. BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del… cit.*, p. 264-265.

normas que regularan esa actuación y que, además, fueran de obligatorio y efectivo cumplimiento para las mismas autoridades".[53]

Con la caída del Imperio Romano en el siglo V, Europa fue invadida por diversas estirpes germánicas, seminómadas, que no conocían la escritura y que se organizaban en reinos cuyos sistemas jurídicos eran esencialmente consuetudinarios y de naturaleza étnica.[54] Como consecuencia, excepto por algunas pocas leyes dictadas en el periodo,[55] el derecho de la Alta Edad Media era esencialmente consuetudinario. Los reyes, más que legisladores, eran administradores de la justicia y comandantes militares en tiempos de guerra.[56] Este período se caracterizó por la fragmentación del poder político, lo que permitió el desarrollo de varios centros de poder paralelos al poder de los reyes, cada uno con su respectivo orden legal.[57] Además del derecho local, coexistieron los derechos de clase, los pactos feudales, el derecho canónico, el derecho comercial, el derecho marítimo y el derecho romano, llamado "derecho común", y cada uno provenía de las fuentes más diversas.[58]

Como ha destacado Paolo Grossi,[59] ninguna de las organizaciones políticas, que a partir de la Edad Media disputarán la dirección de la sociedad, logrará reunir la efectividad del poder y de un programa político comprehensivo. Asumiéndose que el Estado se caracteriza esencialmente por la organización territorial, centralizada e institucionalizada del poder político, es posible decir que la sociedad medieval es una sociedad sin Estado.[60]

---

[53] RODRÍGUEZ, Libardo. La explicación histórica del derecho administrativo. *M. López Olvera, & D. Cienfuegos Salgado, Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, 2005, p. 295.

[54] Paolo Grossi (*L'ordine giuridico medievale*. Roma, 2006; versión em portugués, A *ordem jurídica medieval.* São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014, p. 65) resalta que el sentido de pertenencia a un linaje y el mito de sangre son valores indiscutibles entre los pueblos conquistadores germánicos.

[55] Algunas de las principales leyes dictadas en la Alta Edad Media fueron el Código de Eurico (476-479) y la *Lex Romana Visigothorum* (507), en el Reino visigodo; la Ley Sálica (507-511), en el Reino Franco; o los Éditos de Liutprando (712-744), en el Reino Lombardo.

[56] Cfr. MARÍN, José M. García; MARÍA, José. *La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700).* Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, 1998, vol. 1.

[57] Cfr. GROSSI, Paolo*. A ordem jurídica..., cit.*, p. 48.

[58] Cfr. SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del Diritto in Europa.* Bologna, 2007; versión en portugués, *História do direito na Europa: da idade média à idade contemporânea.* São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014, p. 254 e ss.

[59] GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica ..., cit.,* p. 53-54.

[60] Cfr. GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica..., cit.*, p. 39; HELLER, Hermann. *Staatslehere.* Leiden, 1934; versión en español, *Teoría del Estado.* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 120 y ss.

Los reyes no eran soberanos, sino grandes señores en la cadena de vasallaje (*primus inter pares*), que mantenían vínculos de protección y apoyo mutuo (*auxilium et consilium*)[61] con los otros señores feudales del reino. A causa de ello, las decisiones fundamentales eran adoptadas por el acuerdo del rey con los principales representantes de los estamentos, a través de asambleas medievales que, a pesar de ser meramente cuerpos asesores del rey, tenían un enorme poder en las decisiones del reino, ya que el rey, para gobernar, dependía de los recursos, principalmente económicos y militares, de los estamentos.

Desde el siglo XII en adelante, la organización socioeconómica de Europa cambió profundamente con el resurgimiento del comercio y de las ciudades (*burgos*), cuyo dinamismo que les era peculiar no estaba en consonancia con las primitivas costumbres medievales. Como señala Riccardo Guastini,[62] las normas consuetudinarias se forman lenta y gradualmente y, por lo tanto, son normas que carecen de la capacidad de adaptarse a los cambios, razón por la que, a medida que la sociedad agrícola estática de los feudos se convierte en la sociedad comercial dinámica de los burgos, se requiere la regulación de las relaciones sociales a través de leyes, de reglas escritas y, por ello, más fácilmente conocidas, y que pueden ser cambiadas en cualquier momento, por lo que, tienen mayor capacidad de adaptación a los cambios. La sociedad mercantil que se forma exige, además, la unificación de las fuentes del derecho, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

Todos estos cambios en la estructura socioeconómica de la sociedad europea de la Baja Edad Media llevarán al resurgimiento y ampliación de las normas escritas. No obstante, las leyes, en la tradición medieval, en general no creaban, solo declaraban el derecho (*ius dicere*) que resultaba de la naturaleza misma de las cosas según la obra de Dios.[63] El ejercicio del poder político es ordenado por el derecho natural, “aquella parte del orden eterno del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana” (Santo Tomás de Aquino). La ley humana es la “ordenación de la razón” (Santo Tomás de Aquino),

[61] Sobre el contenido de los deberes de *auxilium* y *consilium* de los vasallos, cfr. LE GOFF, Jacques. *La Civilisation de l'occident medieval*. Paris, 1982; versión en español, *La civilización del Occidente medieval.* Barcelona, Paidós, 1999, p. 78 y ss.
[62] GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto..., cit.*, p. 73.
[63] Cfr. GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica..., cit.*, p. 167.

es la integración del hombre a la orden divina, asequible sea por la revelación (San Agustín), sea por la razón (Santo Tomás de Aquino).[64]

Mientras esta identificación entre la ley humana y la razón divina se mantuvo, cualquier discusión más profunda sobre la forma y los límites del ejercicio del poder político se vio obstaculizada porque, en esencia, todo lo que era tenía que serlo según la palabra de Dios, que en sus términos generales ya estaba dada a los hombres a través de los textos sagrados, sea la Torá, la Biblia o el Corán.

El poder del rey era limitado, además, por las antiguas costumbres locales,[65] el núcleo de principios conocidos como "leyes fundamentales del reino" (*law of the land*), normas consideradas irrevocables por los monarcas por tener su fundamento en la tradición del reino, a las cuales el rey, en el momento de su coronación, debía prestar juramento solemne de obediencia.[66]

En definitiva, el poder legislativo del rey en la Edad Media estaba limitado por la ley divina, por las tradiciones y por el consentimiento de los demás pares del reino. En las palabras de Henry de Bracton,[67] clérigo y jurista inglés del siglo XIII: "*The king has a superior, namely, God. Also the law by which he was made king. Also his curia, namely, the earls and barons, because if he is without bridle, that is without law, they ought to put the bridle on him*".

A partir del siglo XV, el movimiento del Renacimiento cultural llegó a plantear los fundamentos que faltaban para la ruptura definitiva de la concepción medieval de la naturaleza teleológica de la sociedad como un orden natural fijo e inmutable presidido por Dios, y la reemplazó por una concepción voluntarista de la sociedad como una construcción cultural del hombre.[68] Para los filósofos y juristas del Renacimiento, las normas consuetudinarias, creadas por la mera repetición y aceptación, de forma anónima e involuntaria, estaban desprovistas de racionalidad, mientras que la ley, fruto de la voluntad consciente, era la forma racional de regulación de las relaciones sociales.

---

[64] Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a lei.* Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 14 y ss.
[65] Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *As origens do estado de direito.* Revista de Direito Administrativo, v. 168, 1987, p. 11-17.
[66] Cfr. SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito..., cit.*, p. 258.
[67] *Apud* CARPENTER, David A. *The reign of Henry III.* London, Hambledon Press, 1996, p. 41.
[68] Cfr. WOLKMER, Antonio Carlos. *Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante.* Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 26, n. 50, 2005 p. 16 y ss.

Concomitantemente, el monarca consolida el poder sobre su territorio, abandonando la posición que ocupaba en el feudalismo como mero garante del orden establecido,[69] para reclamar una posición de supremacía política (*plenitudo potestatis*), primero por proclamación del Papa[70] y después por derecho propio.

El monarca reivindicará el poder de legislador supremo que, según la Iglesia Católica, pertenecía al Papa,[71] sirviéndose – irónicamente – de la propia doctrina teológica cristiana.[72] En la misión de vicario de Dios en la Tierra (*vicarius Christi*),[73] reivindicará para sí la soberanía, que proviene del latín *super omnia*, un atributo que pertenece a Dios, que domina "sobre todas las cosas" (Antiguo Testamento, Crónicas 29: 11-12).[74] Con la caída de los múltiples órdenes feudales, aparece desde el siglo XVI el orden estatal como un orden único que absorbe a los demás.[75] La consagración oficial de la soberanía de los príncipes por derecho propio (*ius territorii et superioritatis*) se da hacia mediados del siglo XVII con la "Paz de Westfalia", que terminó con la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), y que significó, al mismo tiempo, la liberación del monarca del poder de la Iglesia (*cujus regio, eius religio*) y del poder de los señores feudales.

---

[69] Cfr. MARÍN, José M. García. *La doctrina de…, cit.*, p. 21; FASSÒ, Guido. *Storia dela Filosofia del Diritto. Vol. 2.* Bologna, 1966; versión en español, *Historia de la Filosofía del Derecho. Vol. 2. La Edad Moderna.* Madrid, Ediciones Pirámide, 1982, p. 27.

[70] Según la doctrina cristiana de la época, Pedro ha recibido la *summa potestas* en la tierra directamente de las manos de Cristo (Biblia, Mateo, 16:19), luego, el poder temporal, que está bajo los designios del poder divino, queda sometido al poder supremo de los papas, vicarios de Dios en la tierra. Cfr. SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito..., cit.*, p. 10.

[71] En su *Dictatus papae* (1075), Gregorio VII (1073-1085) expresamente proclama que el papa es el legislador supremo, por encima de los reyes y emperadores, y que solo él tiene las insignias imperiales. Este poder ha sido concedido directamente por Jesús a Pedro, considerado el primer Papa de la Iglesia: "Tú eres Pedro, y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia, y el poder de la muerte no prevalecerá contra ella. Yo te daré las llaves del Reino de los Cielos. Todo lo que ates en la tierra, quedará atado en el cielo, y todo lo que desates en la tierra, quedará desatado en el cielo" (Mateo 16, 18-19).

[72] Cfr. MARÍN, José M. García. *La doctrina de…, cit.*, p. 35.

[73] Expresión utilizada por el jurista y clérigo Henry de Bracton (1210 – 1268). Cfr. BURGESS, Glenn. *The divine right of kings reconsidered.* The English Historical Review, v. 107, n. 425, p. 837-861, 1992, p. 841.

[74] Cfr. BIN, Roberto et al. *La sovranità nazionale e la sua erosione.* A. Pugiotto (a cura di), Per una consapevole, 2013.

[75] Cfr. SCHMITT, Carl. *Uber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlín, 1934; versión en español, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Madrid, Tecnos, 1996, p. 46.

La soberanía, así, deja de ser un concepto religioso y se convierte ahora en un concepto jurídico.[76]

El poder de los príncipes deja de ser esencialmente jurisdiccional, como había sido a lo largo de la Edad media, y se convierte en un poder primariamente legislativo.[77] La soberanía del príncipe pasa a expresarse especialmente a través del poder de promulgar leyes que obliguen a todos, sin la necesidad de ningún consentimiento, de acuerdo con la clásica lección de Bodin.[78] Existe una identificación intrínseca entre soberanía y legislación. Según Carlos de Cabo Martín:[79] "Es la capacidad de ser legislador lo que crea la soberanía y la fuerza de la ley que determina y califica como la fuerza única y exclusiva del poder del Estado". La tarea de unificar el reino bajo su voluntad soberana para poner fin a la diversidad feudal y local, basada en costumbres y privilegios es conducida jurídicamente por la ley, que se torna la fuente por excelencia del derecho estatal.[80] En consecuencia, las demás fuentes, especialmente la costumbre, quedan sometidas a las leyes del rey.

Jurídicamente, la formulación de la soberanía del rey como el poder legislativo supremo tendrá consecuencias importantes. Durante toda la Edad Media, no había un derecho, sino diversos derechos – común, locales, de clase, eclesiástico, profesionales, etc. – que convivían sin que hubiera uno que se impusiera sobre los demás. No existía, por ende, jerarquía ni formal ni material entre las diversas fuentes del derecho. A mediados del siglo XVII, los reyes ya no se presentan solo como el primero entre iguales (*primus inter pares*), sino como legisladores absolutos (*legibus solutus*) y, por ello, sus actos se ubican en el vértice de un orden jurídico unificado bajo el cual quedan todos los otros

---

[76] Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a…, cit.*, p. 33; WYDUCKEL, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana.* Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, 1998, n. 1, p. 217 y ss.

[77] Cfr. STOLLEIS, Michael. *Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert).* Munique, 2014; versión en portugués, *Direito Público na Alemanha: Uma introdução à sua história do século XVI ao XXI.* São Paulo, Saraiva Educação (Série IDP, Linha Direito Comparado), 2018, p. 38.

[78] "El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. Con esto no se dice bastante, sino que es preciso añadir: sin consentimiento de superior, igual o inferior. Si el rey no puede hacer leyes sin el consentimiento de un superior a él, es en realidad súbdito; si de un igual, tiene un asociado, y si de los súbditos, sea del senado o del pueblo, no es soberano." (BODIN, Jean. *Les Six Lívres de la République*. París, 1576; versión en español, *Los seis libros de la República.* Madrid, Tecnos, 1997, p. 71)

[79] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid, Trotta, 2000, p. 16.

[80] Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a..., cit.*, p. 34.

centros de producción de normas. El orden jurídico del Estado nacional es unificado y estructurado jerárquicamente bajo las leyes del soberano, que se convierte en fuente suprema del derecho, capaz de abrogar cualquier norma proveniente de las demás fuentes.[81]

La concentración de poderes políticos en las manos del rey ha exigido, por otro lado, la creación de una burocracia administrativa permanente y profesional, capaz de hacer cumplir la voluntad del soberano incluso en los rincones más lejanos del reino. Estos funcionarios, sin embargo, no eran un cuerpo distinto del rey, sino sólo los miembros de un mismo cuerpo, la mano (*longa manus*) del rey.[82] La Administración Pública no era solamente una estructura que se sometía a la soberanía del rey, sino más bien lo que efectivamente garantizaba su soberanía.

El rey era soberano, en la corona se concentraban los poderes legislativo y ejecutivo del Estado. Por ello, en las monarquías absolutas del Estado moderno, había poca tensión entre la ley y la administración pública.

Por otro lado, en el plano político, la concentración de poderes en manos del rey rompe el delicado equilibrio entre la monarquía y los estamentos feudales, asegurado en la Edad Media a través del contrato de vasallaje. Las tradiciones medievales, los ordenamientos locales y los pactos feudales, que garantizaban derechos a los súbditos, son desplazados por las *ordenanzas* reales. El Derecho medieval, que emergía espontáneamente de la tradición del pueblo y que el monarca juraba solemnemente proteger, es reemplazado por el Derecho del Estado Moderno, que surge de la voluntad del rey, que es soberana y, por lo tanto, no subordinada a ninguna otra voluntad o norma.[83]

El concepto de legalidad surge justamente de la oposición a este poder absoluto del monarca. En la lucha por el control de este poder, históricamente se ha reivindicado una esfera de libertad de los individuos protegida de las

---

[81] Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze* attuali. Roma, 2009; versión española, Constitucionalismo*: experiencias históricas y tendencias actuales.* Madrid, Trotta, 2014, p. 94 y ss.

[82] Cfr. MARTÍN, Antonio Pérez. *Estudios sobre monarquía y nobleza en la edad media.* Madrid, Sans y Torres, 2019, p. 33.

[83] Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *La idea medieval del derecho.* Fundación Manuel García-Pelayo, 2004, p. 34 y ss; GONZÁLEZ, Santos M. Coronas. *Las Leyes Fundamentales del Antiguo Régimen (notas sobre la Constitución histórica española).* Anuario de historia del derecho español, n. 65, 1995, p. 142 y ss.

intervenciones del rey, además de una limitación formal del propio poder político, exigiéndose que el monarca actuara de forma limitada, bajo leyes generales.[84]

Esta lucha entre el monarca y los estamentos medievales conducirá a la consecución de varios pactos de derechos que contendrán la semilla del principio de legalidad.[85]

En 1215, se celebra la famosa *Magna Charta Libertatum*, un pacto entre el rey Juan "sin tierra" y los nobles ingleses en el que el rey reconoció a los nobles la garantía de que: “Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”.

Varios otros pactos se establecieron entre el rey y la nobleza a partir de la baja Edad Media, siendo posible destacar los Fueros en España, entre ellos las Declaraciones de las Cortes de León de 1188; los Fueros de Aragón, aprobados por las Cortes de Huesca de 1247; el Privilegio General de Aragón de 1283; el Toro de Oro, sancionado por el rey Andrés II de Hungría en 1222; la *Charte de Lorris* de 1155, otorgada por el rey Luis VI, de Francia; y la *Grande Charte de Saint-Gaudens* de 1203.

Estas declaraciones de derechos, sin embargo, en general no pretendían crear ningún derecho nuevo sino restablecer o reafirmar la validez de las “leyes fundamentales del reino”, derechos históricamente adquiridos, provenientes de los lazos de fidelidad y protección que obliga a señores y vasallos, según su posición en la organización social.[86]

Tampoco tenían aspiraciones de universalidad, solo reclamaban el respeto por algunas libertades específicas a favor de ciertos grupos sociales, especialmente la nobleza. Son pactos celebrados entre el soberano y sus

---

[84] Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoria generale della política.* Torino, 1999; versión en portugués, *Teoria Geral da Política.* Rio de Janeiro, Elsevier, 2000, p. 276.

[85] Cfr. JESCH, Dietrich. *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961; versión en español, *Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad.* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 136.

[86] Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali.* Torino, 1991; versión en español, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones.* Madrid, Trotta, 1996, p. 26 y ss; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 253; SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Munique, 1928; versión en español, *Teoría de la Constitución.* Madrid, Alianza, 1996, p. 68.

feudatarios,[87] mientras que la masa de los súbditos queda fuera de la protección de estos pactos. Los señores que se sientan a mesa con el rey para negociar los pactos no representan a la colectividad, sino a sus vasallos, pues, como advierte Fioravanti,[88] no existe, en esta época, el concepto de una colectividad abstracta correspondiente a las formulaciones modernas de "pueblo" o "nación".

El objeto, además, es limitado a algunos derechos de libertad, especialmente la protección contra detenciones y prisiones arbitrarias (*nulla poena sine lege*) y la confiscación de bienes (*nullum vectigal sine lege*).

Aunque en el horizonte de las declaraciones de derechos medievales estuviera la búsqueda por la limitación del poder ejecutivo del Estado, las condiciones de la organización político-social impedían que estas limitaciones se convirtieran en un principio general de legitimación, que desempeñaran un papel constitutivo del orden jurídico administrativo.

En el aspecto político, le faltaba al Estado la especialización funcional de las actividades legislativa, ejecutiva y judicial en estructuras diversas titularizadas por autoridades distintas y organizadas bajo principios propios de acción.

Según habíamos dicho anteriormente, al Estado, por su naturaleza política, siempre le corresponde, exclusivamente o no, al menos las actividades de definir los límites de la acción de los individuos (legislación), garantizar la observancia de las reglas sociales y aplicar la sanción a los eventuales infractores (jurisdicción), además de ejercer directamente las actividades de satisfacción de necesidades materiales consideradas de responsabilidad de toda la colectividad (administración).

Desde la antigüedad griega ya existía la concepción de una diversidad y separación de las funciones del Estado.[89] En las sociedades que desarrollaron organizaciones políticas más complejas, la distinción de naturaleza de estas tres actividades condujo a su división en unidades de trabajo distintas. La

---

[87] Cfr. SCHMITT, Carl. *Teoría de la... cit.,* p. 61.
[88] FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales… cit.*, p. 29.
[89] Aunque no haya una correspondencia perfecta con la división tripartita – legislativa, ejecutiva y judicial – de la teoría constitucional moderna, Aristóteles (*Πολιτικά*. Grécia, 384 - 322 a.C.; versión en español, *La política*. Madrid, Editorial Gredos, S. A, 1988, p. 260) ya hablaba de una división entre las funciones deliberativas, de magistratura y administración de la justicia. Cfr. ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. *Sobre el principio de la separación de poderes.* Revista de estudios políticos, n. 24, 1981, p. 216.

especialización de las funciones del Estado es, por lo tanto, ante todo, una necesidad de la división del trabajo. Como bien ha observado Gallego Anabitarte,[90] "cualquier comunidad política madura llegará a semejante institucionalización del poder". Sin embargo, la separación de las funciones legislativa y ejecutiva no conduce necesariamente a la división de los poderes del Estado.[91]

Solamente a partir del siglo XVIII, especialmente tras la obra de Montesquieu, "Del espíritu de las leyes", se plantea de forma estructurada la división orgánica de los poderes del Estado. A la separación objetiva de las funciones se plantea una correspondiente separación subjetiva de los titulares de estas funciones.[92] A Montesquieu[93] le preocupaba especialmente cuando "los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma *persona* o *corporación*", situación en la que la libertad individual estaría amenazada, pues "es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo."

Aunque parte de la doctrina, fiel a la idea de la teoría moderna de la soberanía, absoluta y, por ello, indivisible, no admita la división del poder del Estado[94], la verdad es que lo que se plantea a partir del siglo XVIII no es solamente la separación de las funciones sino, desde luego, la división del poder por detrás de estas acciones. Cada acto del Estado es un aspecto de su *imperium*, es decir, del poder de someter su voluntad unilateral e imperativamente: el poder de imponer las conductas permitidas, obligadas y prohibidas (legislación); el poder de decidir en concreto sobre las conductas permitidas, obligadas y prohibidas (jurisdicción) y el poder de ejecutar unilateral y coercitivamente actividades materiales que afectan a terceros (administración).

Desde el momento en que se plantea la división de los poderes, surge el problema de la ordenación de dichos poderes. El principio de la legalidad

---

[90] GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Ley y reglamento en el Derecho público occidental.* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, p. 125.
[91] Cfr. VEDEL, Georges. *El problema de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo.* Revista de Ciencias Sociales. V. III. n. 2, junio de 1959, p. 298.
[92] Cfr. JELLINEK, Georg. *Teoría general del…, cit.*, p. 534 y ss.
[93] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*. Ginebra, 1749; versión en español, *Del espíritu de las leyes.* México D.F., Porrúa S.A, p. 104.
[94] Cfr. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado.* Livraria do Advogado, 2013, p. 200.

administrativa es el instrumento jurídico que garantiza esta ordenación bajo una cierta concepción de la titularidad del poder político: la soberanía popular.

Pero, además de estos elementos organizativos del Estado, el principio de legalidad dependía de un vuelco en la propia legitimación del poder. Mientras el poder era un atributo de la persona del gobernante, no se ha podido plantear ninguna idea de legalidad, puesto que el poder era ejercido de forma individualizada y casuística, según la voluntad actual del gobernante.

Aunque parezca contradictorio, es la consolidación del Estado nacional moderno, de naturaleza absolutista, la que crea las condiciones para la estructuración de un principio de legalidad. La unificación del territorio bajo el comando centralizado del monarca fue garantizada por el desarrollo de un aparato administrativo, civil y militar, que se extiende sobre las funciones más diversas, desde la recaudación de impuestos hasta la seguridad pública, la aplicación de la justicia, la contabilidad (registros públicos) o la diplomacia. A medida que esta burocracia se expande y se vuelve más profesional, se convierte en un cuerpo distinto del rey, aunque directa y jerárquicamente subordinado. Por otro lado, la necesidad de comandar y mantener el funcionamiento de todo este aparato administrativo exige que la voluntad del soberano se institucionalice en leyes y procedimientos, lo que garantiza que se perpetúe en el tiempo y no sea necesaria la deliberación casuística del rey respecto a cada asunto del reino. De esta manera, el poder real se convierte cada vez menos en un poder para dictar órdenes concretas y cada vez más en un poder para dictar normas generales y abstractas.

Pero, faltaba el reconocimiento de la universalidad de las normas del orden jurídico, que debían someter a todos, indistintamente.

En la organización social feudal, basada en las relaciones de vasallaje, las libertades y obligaciones son personales, fruto del privilegio concedido a título de ley personal (contrato) a cambio del cumplimiento de una hazaña (normalmente de cuño militar) o de la promesa de lealtad futura. Parafraseando la bella – aunque exagerada – imagen del filósofo español Manuel García

Morente,[95] en el mundo medieval, “El caballero camina por el mundo sin más norma que su ley propia, su ley privada, su privilegio.”[96]

En el Estado moderno, el derecho estatal se consolida por encima de todos los órdenes particulares y, por ello, se establece como un sistema normativo de naturaleza general, pero aún no sometido a un principio de legalidad, puesto que las leyes dictadas por el gobernante se imponen a todos los súbditos, pero no al rey, cuya voluntad es soberana (*regis voluntas suprema lex esto*). De esta manera, la acción del Estado estaba subordinada, en definitiva, al arbitrio del rey, que “podía gobernar por órdenes generales o por mandatos singulares o particulares, por privilegios o *leges in privos lata*; podía excepcionar o dispensar en cualquier momento el mandato general de una ley previa, podía avocar para decidir *par mon plaisir* cualquier contienda o cualquier proceso.”[97]

Estos elementos que faltaban a la organización político-social de los Estados modernos para que se formulara un principio general de legalidad que sometiera toda la Administración Pública al imperio de la ley serán gestados por los movimientos político-filosóficos del siglo XVIII, la *Ilustración*, lo que permitirá que en Francia, a fines del siglo, se creara un nuevo modelo de organización política, basado en la total sumisión de la Administración a las leyes elaboradas por los representantes elegidos por la propia colectividad (privilegio concedido inicialmente a una parcela muy reducida de la colectividad, los hombres con una renta mínima específica, pero que, gradualmente, a lo largo de los siglos XIX y XX, se esparcirá a toda la colectividad, independientemente del género y de la condición social o económica).

2.3. El modelo de legalidad administrativa de la Revolución Francesa

[95] MORENTE, Manuel García. *Idea de la Hispanidad*. Buenos Aires, Espasa-Calpe S. A., 1938, p. 78.

[96] No era raro que el rey otorgara privilegios personales en reconocimiento a la lealtad y servicios, especialmente militares, prestados por sus vasallos, pero el personalismo del derecho medieval no significa de ningún modo afirmar que cada persona poseía su propio derecho, sino que no había un derecho unitario en cada territorio, ya que los derechos eran atribuidos, en general, a los grupos étnicos, sociales, laborales, etc., como, por ejemplo, los derechos eclesiásticos, los derechos de los mercadores, los derechos de los señores feudales, los derechos de las corporaciones profesionales. Cfr. GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica..., cit.*, p. 65 y ss.

[97] ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa.* Madrid, Real Academia Española, 1994, p. 125.

2.3.1. Introducción: la proposición de un modelo basado exclusivamente en la razón universal

Cuando se habla de un "modelo" de legalidad planteado por la Revolución francesa, hay que tener en mente que, así como no hay una sola filosofía de la Ilustración,[130] no hay un pensamiento único entre los revolucionarios, lo que los innumerables giros en el rumbo de la revolución denuncian. Por otro lado, hay que tener también claro que se habla de un momento muy específico de la historia de Francia, manifestada principalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en la Constitución de 1791 y que ha cambiado sensiblemente en las quince constituciones promulgadas – u otorgadas – posteriormente.

Pese a estas idiosincrasias de la revolución, el proyecto de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente autoproclamada el 9 de julio de 1789 coincidía con el pensamiento de la Ilustración en dos rasgos esenciales, que formarán su identidad: la originalidad y la universalidad.

Francia, a finales del siglo XVIII, estaba dominada por el espíritu de la Ilustración. Los franceses habían tomado al pie de la letra el consejo de Voltaire[131] de quemar todas sus leyes. Alexis de Tocqueville,[132] tras la lectura atenta de *los cahiers de doléance* redactados por los tres estamentos previamente a la reunión de los Estados Generales de 1789, llegó a la conclusión

---

[130] El período no se define por la homogeneidad de soluciones a los problemas científicos, sino más bien por la universalidad del método de investigación, que es el mismo para la física y para la metafísica, para las cosas de la naturaleza y las del espíritu. Como destaca Ernst Cassirer: "Y por mucho que los diversos pensadores y las diversas escuelas difieran en sus resultados, coinciden en estas premisas epistemológicas. Hablan el mismo lenguaje el Tratado de Metafísica de Voltaire, la introducción a la Enciclopedia de D'Alembert y la investigación sobre los principios de la teología natural y de la moral de Kant. Expresan que el método auténtico de la metafísica coincide en el fondo con el que Newton introdujo para el conocimiento de la naturaleza y que, en este terreno, resulta tan fecundo" (CASSIRER, Ernst. *Die Philosophie der Aufklärung*. Tübingen, 1932; versión en español, *Filosofía de la Ilustración*. México D.F., Fondo de cultura económica, 1943, p. 27).
La certeza del método, aplicable a todos los rincones del conocimiento humano, adviene de la universalidad de la razón que le sirve de guía, que es "la misma para todos los sujetos pensantes, para todas las naciones, para todas las épocas, para todas las culturas" (CASSIRER, Ernst. *Filosofía de…, cit.*, p. 20). La razón revela la verdad entre los errores de la cultura y de la tradición.

[131] "Si queréis tener buenas leyes, quemad las vuestras, y hacedlas nuevas." VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Ginebra, 1764; versión en español, *Diccionario Filosófico. Tomo VII*. Nueva York, Imprenta de C. S. Van Winkle, 1825, p. 187-188.

[132] DE TOCQUEVILLE, Alexis*. L'Ancien Régime et la Révolution.* París, 1856; versión en español, *El Antiguo Régimen y la revolución*. Amazon, 2020, p. 183.

de que lo que los franceses reivindicaban no era nada menos que “la abolición simultánea y sistemática de todas las leyes y usos vigentes en el país”.

El reformador ilustrado parte de la duda radical de Descartes. Pone bajo sospecha todas las leyes e instituciones para que, fiándose solamente de la razón, busque la solución para todos los problemas. Por ello, el reformador de la Ilustración rompe con cualquier autoridad constituida. Solo será posible comprender el rol de la ley en el derecho francés revolucionario partiendo de esta moral reformista que imperaba en Francia en el siglo XVIII.

Los revolucionarios planteaban la ruptura absoluta no solamente con el régimen político, sino con toda la estructura social vigente, creando una nueva sociedad “*ex nihilo*”,[133] es decir, libre de cualquier prejuicio o condicionamiento social previo, construida por la voluntad del hombre libre para decidir sobre su destino mediante los criterios de la razón universal. Se consideraban verdaderos creadores de un nuevo mundo. Dijo el diputado francés François-Antoine Boissy D’Anglas, ante la Convención Nacional, el 17 de abril de 1793: “estamos en el día del caos que debe preceder a la creación”.[134] Se trataba, dijo Fouché, otro diputado de la Asamblea Nacional, de crear un nuevo hombre, “como un nuevo ser recién salido de las manos de la naturaleza”.[135]

La Constitución de 1791 “abole irrevocablemente” las principales estructuras e instituciones sociales de la época: la nobleza, el procerato, las distinciones de órdenes, el régimen feudal, las ordenes de caballería, las corporaciones, así como los “títulos, denominaciones y prerrogativas que de aquéllas derivaban”, y cualesquiera de las “instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos”.

La revolución “no se limita a crear, con su labor constituyente, condiciones más ciertas y seguras para el ejercicio de los derechos naturales individuales”,[136] sino que intenta construir una nueva sociedad. En esto, se

---

[133] La intención de romper radicalmente con el tiempo pasado es oficialmente afirmada con el establecimiento de un nuevo calendario, que tuvo inicio en 1792, año de la ejecución del rey y proclamación de la República. Cfr. ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*. Madrid, Alianza Editorial, 2013, p. 29.

[134] VALDÉS, Roberto L. Blanco. *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana. En* Teoría constitucional y derechos fundamentales. México D.F., CNDH, 2002, p. 16.

[135] ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa.* Madrid, Real Academia Española, 1994, p. 28.

[136] FIORAVANTI, Maurizio*. Los derechos fundamentales…, cit.*, p. 63

diferencia profundamente de la Revolución Gloriosa inglesa (1688) y de la independencia de los Estados Unidos de América (1776).[137] Solamente es posible comprender el concepto de legalidad de los revolucionarios franceses partiendo de la comprensión de la radicalidad del proyecto.

Además de original, el proyecto francés es supuestamente universal. Comparte con el pensamiento de la Ilustración la imagen del hombre universal, que, por supuesto, es el *avatar* del hombre burgués del siglo XVIII. Este hombre burgués cree ser el portador de las verdades universales.

Como destacan Bobbio y Matteucci:[138] "Los ilustrados no consideran al hombre y a la sociedad como historia sino más bien como razón y naturaleza, no los ven como entidades individuales sino universales." La razón permite conocer la realidad pura y de ella extraer las leyes (físicas, morales, políticas, etc.) universalmente válidas. Partiendo de la idea de un hombre universal, los franceses plantean leyes de organización política que también aspiran a la universalidad, puesto que la razón demuestra que son las adecuadas para todas las sociedades.

Las teorías políticas de la Ilustración, por lo tanto, comparten la creencia en la posibilidad de conocer, a través de la razón, los elementos que forman el cuerpo político en su esencia y, a partir de ahí, formular las leyes universales que rigen la organización política.

En consecuencia, los revolucionarios lucharán por abolir los privilegios (*lex privatae*) de la nobleza y de la Iglesia, puesto que no están basados en ninguna ley de validez universal, al revés, son normas casuísticas, fruto de la fuerza histórica de estos grupos sociales.

Los liberales, inspirados por la filosofía de Rousseau, luchan por imponer leyes universales desde la razón que las concibe y del objeto sobre el cual recaen. Con ello, voluntad y razón se unen de manera indisoluble en la ley parlamentaria,[139] expresión de la voluntad general de la Nación. Por su generalidad y abstracción, las leyes se destinan a regular la conducta de todos,

---

[137] Tanto Inglaterra como Estados Unidos adoptaran la clásica estructura del gobierno moderado, donde hay un equilibrio de las fuerzas históricas que impide la supremacía de cualquier de ellas. Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales…, cit.*, p. 34.

[138] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dizionario di política.* Torino, 1983; versión en español, *Diccionario de política*. Siglo XXI, 2015, p. 782.

[139] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho I. Principios del ordenamiento constitucional.* Madrid, Tecnos, 1991, p. 20.

indistintamente, y, por ello, no pueden ser injustas, puesto que, como lo dijo Rousseau, [140] "no hay nada injusto con respecto a sí mismo".

2.3.2. El estado de naturaleza y el contrato social

El cristianismo provoca un giro radical en la visión del hombre hacia el mundo. La declaración de que Dios ha creado a los hombres a su imagen y semejanza (Génesis, 1:26), concede a todos los hombres la misma cualidad de hijos de Dios, de seres que tienen en sí una dignidad que le es propia, y que no ha sido dada ni puede ser retirada por ningún hombre. Sin embargo, a lo largo de la Edad Media, la estratificación de la sociedad feudal ha impedido que el reconocimiento de una misma naturaleza de todos los hombres y mujeres se convirtiera en un sistema de organización político basado en la igualdad.

La sociedad feudal se organizaba bajo lazos personales de señorío y vasallaje, donde el señor otorgaba un beneficio al vasallo a cambio de que este le rindiera homenaje. El hombre medieval concebía el "Universo como un único todo articulado, y a cada ser colectivo o individual a la vez como parte determinada por el fin del Universo".[142] La estratificación de la sociedad correspondía a la propia estructura del universo creado por Dios, luego era incuestionable. Dijo el obispo Gerardo de Cambrai y de Arras en el año 1025:[143] "El rey de reyes organiza en órdenes distintos lo mismo a la sociedad celeste y espiritual que a la sociedad terrestre y temporal. Reparte según un orden maravilloso las funciones de los ángeles y las de los hombres. Fue Dios quien estableció órdenes sagrados en el cielo y en la tierra".

Mientras se mantuvo esta identificación entre la organización político-social y el *logos* divino, la discusión sobre las posibles formas y límites del ejercicio del poder político era residual puesto que, en esencia, la organización del poder terrenal obedecía a una jerarquía y forma de organización determinada por la organización misma del cosmos, según la voluntad de Dios.

---

[140] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social.* Ámsterdam, 1762; versión en español, *Contrato social*. Barcelona, Austral, 2012, p. 67.
[142] GIERKE, Otto von. *Political theories of the Middle Age.* Cambridge, 1900; versión española, *Teorías políticas de la Edad Media*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,1995, p. 73.
[143] *Apud* LE GOFF, Jacques. *La civilización del…, cit.,* 1999, p. 142.

A partir del siglo XV empieza un movimiento de ruptura con la concepción medieval de la naturaleza teológica de la sociedad como un orden natural fijo e inmutable presidido por Dios, y se la reemplaza por una concepción voluntarista de la sociedad como una construcción cultural del hombre. Así pues, el poder político pierde su expresión como poder organizado según la naturaleza misma de las cosas y se convierte en expresión de una voluntad que se impone sobre las demás, lo que puede ser sintetizado en el extracto del Digestus, de Justiniano, que fue utilizado como fuente jurídica del poder político: "*Quod principi placuit, legis habet prevalece: utpote cum lege regia, quae del imperio eius lata est, populus ei et en un omne suum imperium et potestatem conferat*" (Digesto, I, 4, 1). Lo que agrada al príncipe tiene fuerza de ley ("*Quod principi placuit, legis habet vigorem*").

Esta concepción voluntarista del poder abre la posibilidad a que los reyes reivindiquen el poder absoluto sobre los súbditos, pero, paradójicamente, abre también la posibilidad para el cuestionamiento de la legitimidad de este poder. No por casualidad, florece en esta época una literatura sobre el fundamento del poder político, cuyos autores más famosos son Maquiavelo, Bodin y Hobbes.

La exigencia por un fundamento legítimo se intensifica en la medida en que aumenta el poder del rey y que este poder se aleja de su fundamento teológico. Por otro lado, el horizonte de conciencia de las personas se amplía considerablemente a partir de la Edad moderna. La expansión del comercio y de las grandes navegaciones muestra al europeo nuevos mundos y nuevas culturas, además de permitir que uno aspire a hacer fortuna y cambiar de vida. En este mundo de posibilidades y cambios las cosas ya no pueden ser lo que son solo porque siempre han sido así. Ni siquiera la religión mantiene el dogma de la infalibilidad. La reforma protestante prueba que todo es cambiable, luego todo es cuestionable, hasta las verdades más sagradas.

En el campo de las investigaciones sociales, el cuestionamiento de la estructura social lleva en el siglo XVII al planteamiento de la hipótesis del hombre antes de la civilización, el hombre en "estado de naturaleza", no sometido a nada más allá de su conciencia. En el estado de naturaleza todos los hombres serían iguales en tanto que sometidos solamente a su propia voluntad. Así, partiendo de esta igual libertad de los hombres en el estado de naturaleza, el poder de uno sobre el otro solo puede tener por fundamento legítimo el acuerdo voluntario. La

organización de un orden social legítimo, por lo tanto, solo es legítima si está originada a partir de un pacto fundamental entre todos los miembros de la comunidad, en el cual se determinan la forma y límites del poder político y los derechos que se le garantizan a cada uno. Esta ha sido la fórmula encontrada por los revolucionarios franceses para la fundación de un sistema político legítimo y que no oprimiera a los ciudadanos: una declaración de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, que el Estado y cualquier persona debe respetar; y la promulgación de una Constitución escrita que contenga los criterios de organización del Estado, que se estructure bajo el precepto fundamental de la atribución de las funciones de creación, ejecución y solución de conflictos de normas a órganos diversos e independientes entre sí.

2.3.3. La libertad y la igualdad como principios constitutivos de la naturaleza humana

Al postular que el origen de la organización social es el pacto entre ciudadanos natural e igualmente libres, no sometidos a ninguna obligación o condicionamiento social sino en la medida en que se han adherido libremente a un acuerdo celebrado entre todos los miembros de la comunidad, los franceses dan un giro radical al fundamento del poder político.

A lo largo de la historia, siempre se consideró que la desigualdad era la condición natural de los seres humanos, puesto que por razones diversas – tradición, linaje hereditario, elección divina, prestigio, edad, u otro fundamento natural – uno(s) tenía el poder de liderar el grupo. No había, por tanto, una libertad natural de la persona, que pudiera ser alegada en oposición a los designios del poder político.

Ante el principio fundamental de que todos nacen igualmente libres, el poder de coacción del Estado sobre los individuos deja de ser una condición natural de la organización política y pasa a ser una situación artificial, fruto del acuerdo voluntario entre todos. Se reemplaza el principio de natural sumisión de los miembros de la comunidad al detentor del poder político por un principio fundamental de libertad individual.[144] No hay un poder general del Estado sobre

[144] Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales…, cit.*, p. 40.

los individuos, sino potestades específicamente concedidas por la *voluntad general* de la nación. Donde la nación no adjudicó ninguna potestad específica, remanece la libertad natural. Dijo Diderot[145] en la entrada "autoridad política" de la Enciclopedia:

> "Ningún hombre ha recibido de la naturaleza el derecho de mandar sobre los otros. La libertad es un regalo del cielo y cada individuo de la misma especie tiene el derecho de disfrutarla de la misma forma que disfruta de su razón. (…) Bien analizada, se verá siempre que deriva de una de estas dos fuentes: o la fuerza o la violencia del que la ha usurpado, o el consentimiento de aquellos que se han sometido mediante el contrato, expreso o tácito, entre ellos y aquel a quien han transferido la autoridad."

Los revolucionarios franceses parten del *ethos* de la libertad e igualdad natural de todos los seres humanos, como declara el primer artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos." Por esta razón, la Constitución de 1791 empieza justamente con la declaración de la abolición irrevocable de "las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos." Estos dos valores son capitales en la filosofía de los revolucionarios, son los que definen el "cómo" y el "quién" del ejercicio del poder.[146]

Según el método científico consagrado en la Ilustración, la comprensión del objeto de estudio depende de la descomposición en sus elementos básicos y la posterior recomposición del todo a partir de esos elementos.[147] La descomposición de la sociedad en sus elementos primitivos lleva a su unidad más básica, el individuo el cual, antes de la formación de cualquier orden política, se encuentra en el "estado de naturaleza", donde, según Locke,[148] goza de un estado de "perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, […], sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre." El Estado de naturaleza es,

---

[145] DIDEROT, Denis; LE ROND D'ALEMBERT, Jean. *Encyclopédie*. 1751-1765; versión en español, *La enciclopedia (selección de artículos políticos)*. Madrid, Tecnos, 1992, p. 6.
[146] GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*…, *cit.*, p. 141.
[147] Cfr. CASSIRER, Ernst. *Filosofía de la …, cit.,* p. 25.
[148] LOCKE, John. *The second treatise of civil government*. 1689; versión en español, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, Tecnos, 2006, p. 10.

además, un estado de absoluta igualdad, “en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás.”

Luego, si todos los individuos son naturalmente libres e iguales, cualquier potestad de uno sobre el otro solo puede tener por fundamento legítimo el acuerdo voluntario. En las palabras de Locke,[149] siendo “los hombres […] libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esa condición y puesto bajo el poder político de otro sin su consentimiento.” De esta manera, el poder político surge del libre acuerdo de todos los miembros de la sociedad, es decir, por una especie de contrato social. “El único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil es mediante el acuerdo con otros hombres.”

Según Rousseau,[150] el poder político debe estar legitimado bajo el acuerdo de todos (contrato social) por virtud del cual “cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes.” Pero no es un mero acuerdo de voluntades particulares bajo intereses particulares. El fundamento legítimo del poder político es el acuerdo en el cual "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo".[151] Este compromiso moral de formar una voluntad general, en vez de una multitud de voluntades particulares, es lo que legitima la actuación del Estado. Esta forma de organización política es la única que, según Rousseau, posee no sólo una fuerza físicamente coercitiva, sino también moralmente obligatoria.[152]

En el estado civil, añade Locke,[153] la libertad consistirá en “no estar bajo más poder legislativo que el que haya sido establecido por consentimiento en el seno del Estado, ni bajo el dominio de lo que mande o prohíba ley alguna, excepto aquellas leyes que hayan sido dictadas por el poder legislativo de acuerdo con la misión que le hemos confiado.”

Es a través de la ley civil como los individuos garantizan la libertad en la sociedad, ya que nadie está sujeto a ningún capricho personal, sino solo a las

[149] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre…, cit.,* p. 97.
[150] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Contrato social…, *cit.,* p. 45.
[151] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato* social..., *cit.,* p. 46.
[152] Cfr. CASSIRER, Ernst. *Filosofía de…, cit.*, p. 289.
[153] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre…, cit.,* p. 29.

leyes que todos los individuos, colectivamente, se han dado. En su obra "La paz perpetua", de 1795, Kant[154] elabora con precisión la idea de libertad de los revolucionarios: "la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto y cuanto he podido darle mi consentimiento."

Con la celebración del contrato social y la creación del Estado, la libertad se convierte en "el derecho de hacer lo que las leyes permitan", de forma "que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe"[155].

Con base a esta visión de libertad, en 1789 los revolucionarios franceses instituyeron un modelo radical de soberanía, de titularidad del pueblo y ejercida por representación por el Parlamento a través de la ley, expresión de la voluntad general de la nación y, por lo tanto, la única fuente jurídica legítima para crear derechos e imponer obligaciones. Esta omnipotencia de la ley se consagró expresamente en el art. 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que expresa, al mismo tiempo, un concepto de libertad y de organización del Estado. El poder de determinar las normas sociales vigentes recae en la sociedad misma (soberanía popular) que la ejerce, sin embargo, indirectamente a través de un cuerpo de representantes elegidos por el voto de los miembros de la comunidad, el Parlamento.

Mientras la libertad es el fundamento de la potestad política, que solo es legítima estando constituida por la voluntad popular, la igualdad es la forma de ejercicio de esta potestad, que debe tratar a todos con equidad, sin privilegios ni persecuciones. "Todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley", dice el art. 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De ahí que la ley, el instrumento de manifestación de la voluntad popular, "debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar", según consagrado en el art. 6º de la Declaración.

En la sociedad de iguales concebida por los franceses, nadie está naturalmente por encima de nadie. Todos entregan la misma parcela de poder

[154] KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden*. 1795; versión em português, *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 1990, p. 138.
[155] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Del espíritu de*…, *cit.*, p. 103.

al Estado y de él reciben, en contrapartida, igual parcela de derechos y obligaciones.[156] Según Rousseau:[157]

> "dándose cada cuál a todos, no se da a nadie, y como no hay un asociado, sobre quien no se adquiera el mismo derecho que se le concede sobre sí, se gana el equivalente de todo lo que pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene."

2.3.4. Los derechos naturales

En 1789, los revolucionarios expusieron en una "Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre" y que "la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre" (art. 2º). La declaración refleja, en este punto, el pensamiento de John Locke respecto al contrato social que da origen a la sociedad civil.[158] Para el pensador inglés, "el grande y principal fin que lleva los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservación de la propiedad,[159] cuyo derecho está inscrito en la ley natural de Dios, que no puede ser restringida por el poder civil, pues "las leyes del magistrado civil hacen derivar toda su fuerza obligatoria del poder de obligatoriedad de la ley natural".[160] El poder político nacería, por ende, limitado por derechos naturales preexistentes, lo que es confirmado por el propio art. 2º de la Declaración, que, al final, enumera entre los "derechos naturales e imprescriptibles del Hombre" justamente el derecho a la "resistencia a la opresión".

---

[156] Cfr. PÉREZ, Jesús González. *Administración pública y…, cit.*, 2006, p. 36

[157] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato* social…, *cit.*, p. 46.

[158] En realidad, fueron diversos los fundamentos que han sido presentados por los "contractualistas" liberales para justificar el contrato político que da surgimiento al Estado. Así que para Hobbes la finalidad del Estado es la preservación de la vida; mientras para Kant sería la preservación de la autonomía. Para algunos, a ejemplo de Pufendorf, una vez celebrado el contrato social, todo derecho proviene del Estado, por lo que no habría ningún derecho legítimo de resistencia por parte de los individuos. Rousseau, a su vez, fundamenta el contrato social no en la naturaleza humana, sino en la razón absoluta que proviene de la voluntad general. Pero, respecto de la finalidad del Estado, la Declaración Universal del Derecho de los Hombres y del ciudadano bebe inequívocamente en la fuente de la teoría de Locke. Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a..., cit.*, p. 58.

[159] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre…, cit.*, p. 124. Cuando Locke habla de propiedad, se refiere también a la libertad, que para él es una de las propiedades del hombre. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre…, cit*., p. 86 y ss.

[160] LOCKE, John. *Essays on the Law of Nature.* 1676; versión española, *Ensayos sobre la ley natural.* Madrid, Universidad Complutense. Facultad de Derecho1998, p. 138.

Los miembros de la Asamblea se consideraban portadores de las "verdades de todos los tiempos y de todos los países", como había dicho Duport,[161] por ello estaban redactando una declaración de "derechos para todos los hombres, para todos los tiempos", como también ha dicho el mismo Duport.[162]

Los derechos que proclamaban los revolucionarios eran derechos naturales que los hombres y mujeres gozaban por el simple hecho de ser miembros de la especie humana. Los textos de la declaración de derechos de 1789 y de la Constitución de 1791, por lo tanto, solo reconocían dichos derechos, que precedían a la propia existencia del Estado y de la sociedad.

Los franceses, sin embargo, reconocían en la Constitución y en la Declaración de Derechos textos meramente políticos, que dependían de la posterior reglamentación de la Asamblea Nacional, razón por la que en la propia Constitución de 1791 existía la determinación de elaboración de "un código de leyes civiles comunes a todo el reino" (Título I). En definitiva, este código civil, promulgado por Napoleón en 1804, se convertiría en la verdadera "Constitución de la burguesía liberal",[163] como se solía llamar, pues la definición del contenido, los límites y los instrumentos de garantía de las libertades fundamentales de los ciudadanos estaban previstos en el código.

Los miembros de la Asamblea Nacional creían en la existencia de derechos naturales, anteriores al Estado, pero, al invocar la función de portavoces de estos derechos, terminan por trasladar la autoridad de estas "verdades universales" para la ley.

Desde luego, la falta de control jurídico sobre el poder político soberano ejercido a través de la ley llevó a la negación de cualquier eficacia a los derechos naturales del hombre reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.[164] Mientras que la Declaración decía que "una

---

[161] ESCALANTE, Pablo Facundo. *La dimensión moral de la Declaración de derechos de 1789: algunas reflexiones a partir de la teoría del reconocimiento Axel Honneth.* Res publica (Madrid), v. 20, n. 2, 2017, p. 266.

[162] ROMERO, José Luis; ROMERO, Luis Alberto (Ed.). *Pensamiento conservador, 1815-1898*. Fundacion Biblioteca Ayacuch, 1986, p. 72.

[163] Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto mite.* Torino, 1992; versión en español, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia***.** Madrid, Trotta, 2011, p. 53.

[164] La ausencia de protección de los derechos en contra de la acción del legislador no es una peculiaridad solo del régimen jurídico de Francia, sino que es la impronta misma del Derecho europeo del siglo XIX. La Constitución de Prusia del 31 de enero de 1850, por ejemplo, aunque reconociera un exhaustivo catálogo de los "derechos de los prusianos", aseguraba expresamente que estos derechos no limitaban la libertad de disposición del legislador.

sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos [...] carece de una Constitución", el concepto de soberanía de los revolucionarios impedía que se impusiera cualquier límite al poder del parlamento, que podría emitir leyes concediendo mayor, menor o ninguna eficacia a cualquier derecho reconocido en la Constitución.[165]

En el pensamiento de la Revolución francesa, no hay distinción entre poder constituyente y poder constituido. El poder constituyente no se agota en la Constitución, sino que permanece vivo y actuante en la ley, reconocida como permanente expresión de la voluntad popular (art. 6º de la Declaración de 1789).[166] La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano elaborada en 1793 es aún más explícita. Declara que la soberanía es "imprescriptible" (art. 25), puesto que "El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución" (art. 28).

La voluntad general es soberana, luego el Estado no le puede imponer ninguna limitación. Además de soberana es, según Rousseau,[167] inalienable, "no hay en el Estado ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni el mismo pacto social; porque si todos los ciudadanos se reuniesen para romper ese pacto, de común acuerdo, no se puede dudar de que estaría legítimamente roto". Como dijo Sieyès,[168] "una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho a ejercer su voluntad; y cualquiera que sea ésta, no puede perder el derecho de cambiarla cuando su interés se lo exija."

De esta forma, incluso los derechos y garantías reconocidos en la Constitución estaban totalmente disponibles para el Poder Legislativo. A falta de un proceso especial de alteración de la Constitución, no se hacía realmente una diferenciación entre la ley y la Constitución, lo que resultaba que la ley,

---

[165] Según Fioravanti *(Los derechos fundamentales…, cit.*, p. 74), "el punto débil de la revolución está en la garantía de los derechos." De esta forma, el sistema fundado por la Revolución francesa aún no puede considerarse un sistema constitucional. El constitucionalismo moderno, entendido como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía, nace no con las Declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución federal americana de 1787. Cfr. MATTEUCCI, Nicola. *La costituzione americana e il moderno costituzionalismo.* Il Mulino, 1987, vol. 36, n. 6, p. 882-901.

[166] Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes.* Grupo Planeta (GBS), 1987, p. 137 y ss.

[167] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato* social…, *cit.,* p. 128.

[168] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers-État.* París, 1789; versión en español, *¿Qué es el tercer estado?.* Ciudad de México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 110

manifestación de la voluntad de la nación, se convertía en absoluta y suprema. Podía todo y por encima de todos.

En definitiva, la ley, y solo la ley, era garantía de los derechos.[169] Innecesaria cualquier otra garantía, una vez que la voluntad general es "siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública".[170] De esta manera, como Guido Fassò[171] ha expresado bien, la declaración de la supremacía de la ley ("No hay en Francia autoridad superior a la de la ley"), no choca con los "derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre":

> "La contradicción entre esta tendencia a una determinación positiva del Derecho y la de afirmar la validez, por encima de las leyes positivas, del Derecho dictado por la naturaleza, es solamente aparente, ya que los iluministas franceses traducían a forma positiva el Derecho natural, cuyas normas, inmutables y eternas en cuanto verdades de la razón, se devolvían transformadas de una vez para siempre en una legislación provista de sanciones, que asegurasen su observancia por parte de todos los hombres y del mismo Estado."

2.3.5. La voluntad general de la nación como única fuerza motriz de la organización política

Es de la tradición de occidente, inaugurada en Grecia, la aprobación de las leyes por la colectividad. En Atenas, cualquier ciudadano tenía la iniciativa de proposición de ley, que era analizada por la *Bulé*, conocida como Consejo de los Quinientos, y luego sometida a la deliberación popular.

---

[169] Cfr. SALVADOR, Bartolomé Clavero. *"Garantie des Droits": Emplazamiento histórico del enunciado constitucional.* Revista de estudios políticos, n. 81, 1993, p. 19 y ss.

[170] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social…, cit.,* p. 58. Según Rousseau (*Contrato* social…, *cit.*, p. 49), la soberanía de la nación era en sí garantía suficiente para la efectividad de los derechos naturales de los hombres, por lo que no hay necesidad del soberano de ofrecer ninguna garantía adicional a los súbditos: "No estando formado el soberano sino por los particulares que lo componen, no hay ni puede haber interés contrario al suyo; por consiguiente, el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garantía con respecto a los súbditos, porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros, y ahora veremos cómo no puede perjudicar a ninguno en particular. El soberano, sólo por ser lo que es, es siempre lo que debe ser."

[171] FASSÒ, Guido. *Historia de la…Vol. 2…, cit.*, p. 224

En la República de Roma, los ciudadanos libres también tenían la prerrogativa de proponer leyes, y las leyes del Senado solo permanecían válidas si en el plazo de un año eran confirmadas por los ciudadanos.[172]

Esta tradición permaneció durante la Edad Media, especialmente por la fuerza del Derecho Canónico que, en su proceso de organización propia, ha adoptado el principio de que las cuestiones relativas a la utilidad común deben tratarse y decidirse con una resolución común. La afirmación de este principio se encuentra en la anónima *Summa Reverentia sacrorum canonum*, escrita probablemente en Francia, entre los años 1182 y 1192[173] y, posteriormente, se convertirá en uno de los cánones del Derecho Canónico a través de la *Summa decretalium* (1191–1198), de Bernardo da Pavía.

Sin embargo, en la tradición de occidente, las deliberaciones de la colectividad tenían una autoridad muy limitada. Primero porque no se destinaban a instituir una regla general y abstracta para ser seguida indistinta e indefinidamente en el futuro, sino que, a menudo, las decisiones del cuerpo social tenían por finalidad solventar problemas concretos y puntuales. Segundo, y principalmente, porque estas decisiones no eran propiamente soberanas, puesto que se sometían al orden (*ordo*) mismo de las cosas. En estas sociedades, por encima de las decisiones colectivas había una miríada de condicionamientos propios de cada una de estas civilizaciones, como el orden del cosmos, los derechos patriarcales, la voluntad de Dios, las leyes fundamentales del reino, y toda una cantidad de usos y costumbres, además de leyes metafísicas, según la organización social y cosmovisión que eran típicas de las sociedades antiguas y medievales.

Los liberales revolucionarios del siglo XVIII, a su vez, más que el derecho de cada uno a participar de las decisiones del cuerpo social, reivindicarán que solo estas decisiones son legítimas para crear derechos y obligaciones sociales. Se planteó algo inédito en la historia humana: un ser humano absolutamente libre, que solo se somete a las leyes que él, en deliberación con los demás miembros de la colectividad, han dictado para sí mismos. Según la teoría de

---

[172] Cfr. VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro. Reforma das Instituições Nacionais.* Rio de Janeiro, Typograpbia. rua do Hospicio n. 4, 1899, p. 222.

[173] Cfr. MOYNIHAN, James M. *Papal immunity and liability in the writings of the medieval canonists.* Roma, Gregorian University Press, 1961, p. 68.

Rousseau, que inspira a los revolucionarios, el cuerpo social soberano establece reglas sobre sí mismo (autodeterminación), universales desde la razón que las concibe y el objeto sobre el que recaen. Dado que el pueblo soberano no puede reunirse en ningún momento en que las circunstancias lo requieran para deliberar sobre asuntos de interés colectivo, la voluntad general se expresa a través de un cuerpo de representantes electos, el parlamento.

En el Estado fundado por la Revolución Francesa, la voluntad colectiva es constitutiva del poder político y fundamento de validad de todos sus actos. Es lo que anima y da vida al Estado que, sin ella se convierte en una estructura inerte, un cuerpo sin un alma que lo conduzca. Así, la voluntad de este "cuerpo de asociados que viven bajo una ley *común* y están representados por la misma *legislatura*", a lo que se llamó "nación", según el concepto que le ha dado el abate Sieyès,[174] es soberana, no está limitada por ningún poder externo o interno al Estado. El artículo 3º de la Declaración de 1789 proclama: "El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella".

Internamente, la voluntad de la nación no está limitada por ningún de los poderes del Estado que quedan, todos, bajo la ley que la manifiesta. Los demás poderes son meros ejecutores de las decisiones de la nación soberana, representada por el Parlamento.[175] Externamente, no está condicionada por ningún otro poder terrenal o espiritual. Lo que los franceses reivindican es la autonomía del hombre, es decir, la capacidad de uno para ponerse leyes a sí mismo. "Es preciso librarse de toda tutela impuesta a los hombres desde fuera y dejarse guiar por las leyes, las normas y las reglas que desean los que deben cumplirlas."[176]

En este aspecto, observa Giovanni Sartori,[177] la Revolución Francesa rompe con la tradición de los parlamentos europeos, que hasta entonces no se constituían como el centro de dónde emanaban las leyes del reino, sino más bien

---

[174] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el…, cit.*, p. 61. Sin embargo, Sieyès consideraba que el tercer estado encarnaba toda la nación, pues era quien, de hecho, ejecutaba los trabajos particulares y las funciones públicas necesarias para la subsistencia de la nación.
[175] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Ley y reglamento…, cit.*, p. 251.
[176] TODOROV, Tzvetan. *L'esprit des lumières.* París, 2006; versión en español, *El espíritu de la Ilustración*. Barcelona, Círculo de Lectores, 2008, p. 10.
[177] SARTORI, Giovanni. *Elementi di teoria política.* Bologna, 1987; versión en español, *Elementos de teoría política*. Madrid, Editorial Alianza, 1992, p. 193.

como un mecanismo para sustraer el derecho a las intromisiones legislativas del monarca. La función de los parlamentos no era, por lo tanto, hacer leyes, sino impedir que el rey las hiciera a su discreción.

El principio de soberanía proclamado por la Asamblea General en 1789, por ello, se diferencia profundamente de la tradición jurídica, que siempre había considerado los pactos sociales como meros compromisos de limitación de poderes que se legitimaban por el orden mismo de las cosas, pero nunca como una asociación entre hombres libres para definir el orden que más les conviene.[178] Se diferencian, asimismo, de las experiencias de la Revolución Gloriosa inglesa y de la independencia de las colonias británicas en América. Como resalta Rodolfo Luis Vigo,[179] "la revolución francesa acuñó un modelo de estado y de derecho absolutamente original e inédito".

Al otro lado del canal de la Mancha, tras la Revolución Gloriosa de 1688, la pugna entre el monarca y los estamentos sociales conducirá al reconocimiento de la soberanía del Parlamento, pero no como cuerpo político que se opone al rey, sino como arreglo de los tres cuerpos del reino – el rey, los lores y comunes –, que deciden conjuntamente sobre las leyes según la fórmula "*the King in parliament*". Este principio refleja el espíritu pacificador de la revolución que, más que derrotar al rey Jacobo II, tenía por objetivo garantizar la participación de los estamentos sociales en los asuntos fundamentales del gobierno. El Parlamento no es la representación del cuerpo social que se impone ante el rey, sino la institución que resulta de la actuación conjunta entre el rey y los cuerpos del reino, especie de arreglo político institucional al que se denominó de *gobierno misto*. Este acuerdo, además, no es verdaderamente constitutivo del poder político, pues está limitado por los derechos históricamente reconocidos. Así que la ley no es el cauce principal de donde emanan las normas jurídicas. En el sistema del *common law* inglés, la elaboración de las reglas de tutela de las libertades compete esencialmente a los jueces y no al parlamento.[180]

En Estados Unidos, por otro lado, los independentistas afirman en la declaración de independencia:

---

[178] Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a..., cit.*, p. 56 y ss.
[179] VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo, algunos riesgos y algunas prevenciones*. "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", 2009, Santa Fe, Argentina, p. 263.
[180] Cfr. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales…, cit.*, p. 33.

> "que todos los hombres […] son dotados […] de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios"

Ante el abuso de poder de la metrópolis, que se había vuelto contra sus derechos inalienables, los moradores de las colonias estaban legitimados para romper con el Reino Unido e instituir un nuevo orden basado en el respeto y la protección de estos derechos inalienables. Por tanto, celebran un pacto constituyente, una Constitución, cuyas reglas y principios se imponen por encima del poder del Estado. El pacto celebrado por las colonias americanas es, pues, la declaración de un poder privado que se impone ante el poder público.

Los franceses comparten muchas de las creencias de los independentistas norteamericanos, pero mientras que en Estados Unidos los *founding fathers* idealizaron un sistema de protección de los derechos individuales contra los abusos del Estado, garantizado especialmente a través de la *judicial review*, en Francia los revolucionarios instituyeron un Estado basado en la soberanía de las decisiones del Parlamento, lo que resultó que, al contrario de lo que propugnaba el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los derechos naturales no estaban efectivamente protegidos por el orden jurídico contra la actividad del Estado, sino que era el propio Estado quien, a través del Parlamento, decía soberanamente cuales eran los derechos de los franceses. Pese a que partieron de concepciones muy similares, Estados Unidos y Francia han llegado a resultados distintos: mientras que en Estados Unidos se instituyó mecanismos judiciales para la protección de los derechos individuales contra los abusos del Estado legislador o del Estado administrador, en Francia ha sido el Estado legislador el principal responsable por proteger la libertad y la igualdad de los ciudadanos.[181]

[181] Cfr. PÉREZ, Juan Fernando Jaramillo et al. *El derecho frente al poder: surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno.* Universidad Nacional de Colombia, 2018, p. 834.

En la Europa continental, desde el siglo XVI, se impuso el concepto de soberanía del rey, conforme había acuñado Jean Bodin[182] *en Les Six Livres de la Republique*, como poder absoluto, uno e indivisible, de crear el derecho sin la necesidad de ningún consentimiento. Los revolucionarios, pese a todas las rupturas que planteaban, seguirán la tradición y reivindicarán el poder político absoluto. Por ello, se apropiarán del concepto de soberanía, pero añadirán un elemento más, característico de la filosofía utilitarista de la época: la soberanía para ellos no será solo el poder absoluto, sino más bien el que se impone por demostración racional, por tener como finalidad la utilidad de todos. La voluntad que emana del soberano es, en palabras de Rousseau, la *voluntad general* que, más que la suma de todas las voluntades individuales es la voluntad de hacer lo que beneficie a todos, indistintamente. Es "siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública" y, por ello, "el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todo lo suyo".[183] Así, la soberanía es infalible, siempre refleja la utilidad pública, razón por la que nadie puede legítimamente oponerse a ella. Los poderes civiles que ella constituye no le pueden imponer ninguna limitación, como defenderá Sieyès:[184]

> "¿Se dirá que una nación puede, por un primer acto de su voluntad, independientemente de toda forma, comprometerse a no querer para el porvenir más que de *una* manera de ser determinada? En primer lugar, una nación no puede ni enajenar ni prohibirse el derecho de querer y, cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla desde el momento en que su interés así lo exija. En segundo lugar, ¿hacia quién se comprometería esta nación? Yo concibo que ella puede obligar a sus miembros, a sus mandatarios y a todos lo que le pertenecen; pero, ¿puede en ningún sentido imponerse deberes hacia ella misma? ¿Qué es un contrato consigo misma? Siendo los dos términos dependientes de la misma voluntad, ésta puede siempre desentenderse del pretendido compromiso. […] El

[182] BODIN, Jean. *Los seis libros… cit.*, p. 71.
[183] ROUSSEAU, *Contrato Social…, cit.,* p. 58 y 60. Según Cabral de Moncada (Ensaio sobre *a*…, cit., p. 53), "*A vontade geral é a do eu racional, não a do empírico, uma qualidade interior da vontade particular quando se afigura reta e intelectual assim se libertando dos desvios egoístas da vontade meramente subjetiva*."
[184] SIEYÈS, Emmanuel Joseph*. ¿Qué es…, cit.,* p. 110-111.

> ejercicio de su voluntad es libre e independiente de todas las formas civiles."

Al poder casi absoluto del rey, los revolucionarios le oponen el poder realmente absoluto de la voluntad general.[185] Mientras el monarca, al que tachaban de "absolutista", quedaba sometido a las "leyes fundamentales del reino", a los estatutos de clase y a la orden eterna de Dios,[186] la Asamblea Nacional constituyente instalada en 1789 no estaba sometida a ningún poder, terrenal o espiritual.

La nación no se propone dividir el poder con el rey, que es despojado por completo de la soberanía, pero tampoco la ejerce ella misma, ya que el ejercicio es privativo de la Asamblea Nacional, siendo vedado por la Constitución de 1791 el ejercicio de la soberanía más que por delegación:

> "2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey."

Así pues, la soberanía, es decir, el poder de crear el derecho, al fin y al cabo, se ejercía solo por la Asamblea Nacional, "compuesta por representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo" (art. 3º de la Constitución de 1791). Ha prevalecido el pensamiento de Sieyès, considerado por Georges Lefebvre[187] "el alma de la revolución jurídica", y que era refractario a cualquier forma de democracia popular y defendía que "El pueblo o la nación no puede tener más que una voz, la de la Legislatura nacional […] El pueblo no puede hablar, no puede actuar más que por sus representantes."[188]

---

[185] Lo que lleva a Roberto Blanco Valdés (*La configuración del* …, *cit.*, p. 22) a afirmar que el Estado liberal es el primer poder absoluto de la historia.

[186] El mismo Jean Bodin (*Los seis libros..., cit*., p. 56), el gran teórico del absolutismo, admitía que el rey estaba sometido a algunas reglas: "En cuanto a las leyes que atañen al estado y fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por ser ajenas e incorporadas a la corona, como es la ley sálica; si lo hace, el sucesor podrá siempre anular todo lo que hubiere sido hecho en perjuicio de las leyes reales, sobre las cuales se apoya y funda la majestad soberana." En Francia, específicamente, el poder del rey estaba limitado por un sinfín de viejos usos, costumbres, a veces creados por el propio rey (privilegios, inmunidades, etc.). Además, la venalidad de los puestos públicos garantizaba a su titular una cierta autonomía ante el rey que, tras la venta del cargo, abdicaba del derecho de quitárselo a su arbitrio. Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen…, cit.*, p. 145 y ss.

[187] LEFEBVRE, Georges. *Quatre vingt neuf.* París, 1939; versión en español, *1789: revolución francesa*. Barcelona, Laia, 1982, p. 66.

[188] *Apud* SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría…, cit.,* p. 227.

2.3.6. La separación de los poderes como forma institucional de garantía del individuo contra el poder del Estado

La Revolución francesa, por todo lo que se ha dicho, parte de la natural libertad e igualdad entre los hombres, que exige que cualquier potestad de uno sobre el otro solo pueda tener como fundamento el acuerdo voluntario de todos. Exige, asimismo, que estas potestades se ejerzan indistintamente sobre todos, sin cualquier distinción que no esté fundada "en la utilidad común" (art. 1º de la Declaración de Derechos de 1789). Ante la libertad e igualdad natural, ninguna persona detenta naturalmente poder sobre las demás, así que el poder político pertenece a todos o, más concretamente, a la nación, que lo ejerce indirectamente a través de la Asamblea Nacional,[189] que manifiesta su voluntad a través de la ley.[190]

Pero, como ha dicho Locke[191], "debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder), éstos podrían ser tentados a tomar el poder de hacer las leyes y el de ejecutarlas para así eximirse de obedecer las que ellos mismos hacen; y como podrían también tener tentaciones de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio, llegando así a crearse intereses distintos de los del resto de la comunidad y contrarios a los fines de la sociedad y del gobierno." De ahí la necesidad de la división de los tres poderes del Estado, sin la cual una sociedad "carece de Constitución", como se reconoce en el artículo 16 de la Declaración de 1789.[192] Para que no hubiera abuso del poder que la nación otorgó al Estado, es necesario que aquellos que tienen el

---

[189] "Artículo Primero. - La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio.
2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación.- La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey." (art. 1º, Tít. III, de la Constitución de 1791)

[190] "Artículo 6º. La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes." (art. 6º de la Declaración de 1789)

[191] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre…, cit.*, p. 143 y 144.

[192] La declaración de derechos en el preámbulo de la Constitución de 1795 repite la imprescindibilidad de la división de poderes: "Artigo 22. La garantía social no puede existir si la división de poderes no está establecida, no están fijados sus límites y no está asegurada la responsabilidad de los funcionarios públicos."

poder de hacer las leyes no sean los responsables de su ejecución ni de decidir en el caso concreto sobre la solución de los conflictos en la aplicación de la ley.

En las sociedades que desarrollaron organizaciones políticas más complejas, la distinción de naturaleza entre las funciones legislativa, administrativa y judicial llevó a su división en unidades de trabajo distintas. Esta especialización es, ante todo, una necesidad de la división del trabajo. Como bien ha observado Gallego Anabitarte,[193] "cualquier comunidad política madura llegará a semejante institucionalización del poder". No obstante, la separación orgánica de las funciones legislativa y ejecutiva no conduce necesariamente a la división de los poderes del Estado.[194] Así que en el Estado absolutista la función judicial estaba en manos de jueces y tribunales pero, el titular del poder político, el príncipe, detentaba todo el poder jurisdiccional en sus manos, facultándosele el derecho de revocar procesos, revisar las decisiones de los jueces y tribunales y juzgar cualquier litigio pendiente.[195] La división o separación[196] de los poderes, a su vez, es algo más que la simple atribución de funciones a estructuras de trabajo distinta. Es la división misma del poder político con la finalidad de impedir su ejercicio abusivo.

Los revolucionarios recogen la lección de Montesquieu, que había observado que en aquellos Estados que tienen por finalidad la libertad[197] de los

---

[193] GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Ley y reglamento…, cit.*, p. 125)

[194] Cfr. VEDEL, Georges. *El problema de…, cit.*, p. 298.

[195] Cfr. FLEINER, Fritz. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Mohr, 1913; versión en español, *Instituciones de derecho administrativo.* Barcelona, Editorial Labor S.A., 1933, p. 8 y ss.

[196] Algunos autores separan los conceptos de división y de separación de poderes. Para Carl Schmitt (*Teoría de la... cit.*, p. 189), por ejemplo, la separación significa un aislamiento completo entre los poderes mientras la división es una distinción en el seno de uno de los varios poderes. Riccardo Guastini (*Estudios de teoría constitucional*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 64 y ss) llama separación de poderes a la especialización de las funciones e independencia de los órganos estatales mientras la división del poder sería la "técnica de organización constitucional que es conocida comúnmente con el nombre de checks and balances: frenos (o controles) y contrapesos". Hans Kelsen (*La garantie iurisdictionnelle de la Constitution* (*La justice constitutionnelle*). París, 1928; versión en español, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2011, n. 15, p. 275) hace la misma distinción de Riccardo Guastini. En el presente trabajo, se tratará separación y división de poderes como conceptos equivalentes.

[197] Para Montesquieu (*Del espíritu de…, cit.*, p. 103), aunque todos los Estados tuvieran el objetivo mediato de la autopreservación, cada uno de ellos buscaba alcanzar algo distinto: "El de Roma era el engrandecimiento; el de Esparta la guerra; la religión era el objeto de las leyes judaicas; la tranquilidad pública el de las leyes de China; la navegación era el objeto de los Rodios; la libertad natural era el único objeto de los pueblos salvajes; los pueblos despóticos tenían por único o principal objetivo la satisfacción del príncipe; las monarquías su gloria y la del Estado; la independencia de cada individuo es el objeto de las leyes de Polonia"

ciudadanos, era necesario que los tres poderes fueran asignados a tres sujetos u órganos diversos e independientes, de forma que hubiera una limitación recíproca de cada uno.[198]

Hay, todavía, una diferencia sensible entre el modelo propuesto por Montesquieu y el Estado francés inaugurado en 1789. Para Montesquieu,[199] la separación era una forma natural de equilibrar los poderes del Estado mediante la capacidad de uno de neutralizar a los demás:

> "Compuesto de dos partes el poder legislativo, la una encadenará a la otra por la mutua facultad del veto. Ambas estarán ligadas por el poder ejecutivo, como éste por el legislativo.
>
> Estos tres poderes (puesto que hay dos en el legislativo) se neutralizan produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto."

Los franceses, a su vez, proponen la separación (casi) absoluta de los poderes y la supremacía del poder legislativo, que representa la voluntad de la Nación soberana y, por ello, no puede ser usurpado por ningún de los otros poderes constituidos del Estado. Es lo que está determinado en la Constitución de 1791:

> "6. El Poder ejecutivo no puede elaborar ninguna ley, ni siquiera provisional, solamente proclamas de conformidad con las leyes para ordenar o recordar su ejecución.
>
> (…)
>
> 3. Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones."

Como la Nación es soberana, y todo el poder político emana solo de ella, la Asamblea Nacional que la representa está en la cúspide de la estructura del Estado y todos los demás poderes son meros agentes ejecutores de sus

[198] Cfr. TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e politica del diritto.* Bologna, 1988; versión en español, *Cultura jurídica y política del derecho***.** Granada, Editorial Comares, 2002, p. 185 y ss.
[199] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Del espíritu de…, cit*., p. 109.

decisiones, los únicos que pueden legítimamente interferir en la libertad natural de los hombres.

Para impedir que el poder judicial anulara la soberanía de la Nación, la Constitución de 1791 prohibió a los tribunales suspender la ejecución de las leyes.[200] Se prohibió a los tribunales, a través de la Ley del 16-24 de agosto de 1790, hasta la mera interpretación de las leyes, para que no atribuyeran significado diverso de aquel que se propusiera en el Parlamento. [201] En caso de duda en la aplicación de una ley, los jueces estaban obligados a reconducir el cuestionamiento al poder legislativo para que éste firmara la correcta interpretación (el llamado sistema del *référé legislatif*).[202]

La soberanía nacional estaba, asimismo, protegida por el carácter electivo y temporal de la función de los jueces, electos por el pueblo para el ejercicio de un mandato con plazo determinado.[203]

---

[200] "3. Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones." (art. 3º, capítulo V, Título III)

[201] "*Article 12. Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle*."

[202] El "*référé*", sin embargo, es un mecanismo que ya estaba previsto en el *Ancién Régimen* desde el año de 1667, obligando los jueces a consultar al monarca en los casos de duda sobre la aplicación de las normas dictadas por el rey. Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I..., cit.*, p. 21.

[203] El Decreto del 4-10 de agosto de 1789, que abolió el régimen feudal en Francia, prohibió la venta de los oficios de la judicatura:
"Artículo 7. La venalidad de los oficios de la judicatura y de la municipalidad quedan suprimidos desde este instante. La justicia se volverá gratuita; y, sin embargo, los oficiales provistos de estos oficios continuarán ejerciendo sus funciones y recibiendo sus emolumentos hasta que se hayan provisto por la Asamblea los medios de procurar su reembolso."
Posteriormente, la Constitución de 1791 determinó que la provisión de los puestos de jueces se haría por elección directa por el pueblo:
"TITULO III: LOS PODERES PUBLICOS
(…)
5. El Poder judicial se delega en los jueces elegidos de tiempo en tiempo por el pueblo.
(…)
CAPITULO V: DEL PODER JUDICIAL
(..)
2. La justicia se administrará gratuitamente por los jueces elegidos por el Pueblo e instituidos por las cartas-patentes del Rey que no podrá rehusarlas. – No podrán ser destituidos, a no ser por prevaricación debidamente juzgada, ni suspendidos más que por una acusación admitida. – El Acusador público será nombrado por el Pueblo."
Ninguna calificación ni conocimientos especiales de la ley eran requeridos; cualquier ciudadano podía convertirse en juez. A partir de la constitución napoleónica del año VIII (1800), los jueces son juristas profesionales, nombrados de por vida por el Primer Cónsul, y, más tarde, por el Emperador.

El dibujo institucional del Estado francés estaba, en suma, apoyado en la supremacía del poder legislativo,[204] que tenía la iniciativa para manifestar la voluntad general de la Nación,[205] por tanto el único con la capacidad de dar movimiento al Estado. El poder legislativo es, desde luego, el único que tiene un poder con fuerza jurídica innovadora, capaz de crear derechos e instituir obligaciones. Los demás son "poderes derivados", meros ejecutores de las decisiones del poder legislativo.[206] Lo dijo el diputado Barère en el año de 1793: "Es necesario no olvidar un principio, el de que sólo existe un único poder, el poder nacional, que reside en el cuerpo legislativo".[207]

La separación de poderes diseñada en la Constitución francesa de 1791, al fin y al cabo, destacaba que la totalidad de la soberanía era ejercida por la Asamblea Nacional.[208] Solamente las leyes de la Asamblea Nacional manifiestan la voluntad soberana de la nación, independientemente de los actos de los poderes ejecutivo y judicial, que son meras manifestaciones concretas e individualizadas del poder constituido del Estado. Por la propia naturaleza de sus actos, los poderes ejecutivo y judicial no pueden representar la soberanía de la Nación, lo que les convierte en meros poderes de ejecución de las decisiones del poder representante de la soberanía.

2.3.7. La supremacía de la ley

Siendo la forma de manifestación de la voluntad soberana de la Nación, la ley tenía una supremacía ante todas las demás normas del sistema jurídico. La idea de que la ley tiene un estatus superior a las demás normas no era nueva, ya permeaba el pensamiento humano desde, por lo menos, Aristóteles.[209] La

---

[204] Desde luego, como advierte Antonio Pedro Barbas Homem (*A Lei da Liberdade: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico, Épocas Medieval e Moderna*. Cascais, Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 189), el principio de separación de poderes fue diseñado no solo para garantizar la autonomía de los poderes, sino más bien para garantizar la supremacía del poder legislativo.

[205] "Artículo Primero. La Constitución delega exclusivamente en el Cuerpo legislativo los poderes y funciones siguientes: 1º Proponer y decretar las leyes: el Rey solamente puede invitar al Cuerpo legislativo a tomar un asunto en consideración;" (art. 1º, cap. 3º, Tít. III de la Constitución de 1791).

[206] Cfr. VEDEL, Georges. *El problema de…, cit.*, p. 284.

[207] *Apud* VALDÉS, *La configuración del..., cit*., p. 37.

[208] DE CARVALHO NETTO, Menelick. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 163.

[209] ARISTÓTELES. *La política…, cit.*, p. 201 y ss.

diferencia fundamental es que los liberales revolucionarios proponían la exclusividad de la ley como única fuente primaria de derecho y obligaciones y, por tanto, la fuente de donde el Estado tendría que buscar el fundamento último de todas sus acciones.

Los insurgentes franceses se rebelaron no solo contra el poder político del rey, sino contra toda la organización social de Francia. Declararan la guerra al *modus vivendi* de la nobleza, a la religión cristiana, al sistema económico agrario basado en la servidumbre y, por último, a la propia monarquía.[210] Luchaban contra un modelo de civilización, la sociedad de Francia, aristocrática y cristiana, de trazos todavía marcadamente feudales, organizada bajo un poder político dotado de notable capacidad de resistencia, por lo que necesitaban de un instrumento que les permitiera hacer "tierra quemada" del *Ancién Régimen*, un poder sin límites, capaz de hacer explotar hasta las estructuras más fuertes del sistema político-social.

La ley es, en el contexto revolucionario, la expresión jurídica del poder político de la burguesía, cuyos valores compartidos e intereses perseguidos son homogéneos lo suficiente como para justificar un concepto unitario de ley, apto a imponer el proyecto burgués ante las estructuras y derechos históricos. La homogeneidad del sujeto histórico autor y destinatario de la ley, el burgués, justifica la homogeneidad de su instrumento jurídico de acción, la ley, general y abstracta.

La Revolución Francesa refleja la toma del poder de una oligarquía cuyos miembros compartían de los mismos intereses, por ello su medio de acción, la ley, intentó imponer un programa de regulación social basado en los aspectos generales del grupo social que había asumido el poder, oponiéndose, por otro lado, a cualquier ordenamiento particular, expresión del poder político de grupos históricos intermedios, a los que el burgués justamente intentaba desplazar. Por ello, desde el punto de vista histórico, la supremacía de la ley se

[210] La institución monárquica no era, en un primer momento, un blanco de los amotinados, que promulgaran, en 1791, una Constitución que mantenía el régimen monárquico pero que, a partir de entonces, se convertía en una monarquía constitucional, es decir, reinaba no por derecho propio, sino por atribución de la ley del Parlamento, según lo previsto en el art. 1º, de la sección primera, del capítulo II de la Constitución: "3. En Francia no hay autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina sino es por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia." Solo después de la tentativa frustrada de huida de Luis XVI, conocida como "el acontecimiento de Varennes", que la Asamblea Nacional suspendió la autoridad del rey y

ha impuesto como un instrumento de afirmación del poder político de la burguesía en contra de los privilegios históricos del Antiguo Régimen.

En este contexto histórico, apunta Balaguer Callejón[211] que la fuerza de la ley ha sido la expresión jurídica de la fuerza política del grupo social que impulsó las transformaciones históricas del liberalismo. La ley tiene una fuerza jurídica que le es inmanente en cuanto proyección en el ámbito jurídico del dominio de la burguesía en el proceso político.

Desde el punto de vista teórico, la supremacía de la ley estaba justificada por la natural libertad absoluta de que goza el hombre. Solo las leyes que resulten de las deliberaciones colectivas en las que sea admitida la igual participación de todos[212] son fuentes legítimas de obligaciones y derechos. Así, si las leyes son el fundamento de validez de cualquier derecho u obligación estarán, por ende, jerárquicamente por encima de todas las otras normas o actos jurídicos. A la supremacía política del Parlamento corresponde la supremacía jurídica de la ley dictada por él.[213]

Además, siendo el resultado de la voluntad general, que siempre prevalece sobre las voluntades individuales o de grupos parciales, la ley se ubicará en el punto más alto del orden jurídico, y no admite que ninguna norma prevalezca sobre ella. Ni siquiera la Constitución puede prevalecer sobre la ley, puesto que la voluntad general, donde quiera que se exprese – en la Constitución o en la ley – es siempre soberana.

Como dijo Carré de Malberg,[214] "la voluntad general es siempre igual a sí misma, es decir, siempre soberana, sea cual sea el objeto al que se aplique.

---

[211] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos.* Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 37, enero-junio de 2022.

[212] En realidad, no habría ni la igual participación tampoco la participación de todos. El sistema electoral francés hacía con que solamente las personas más ricas e influyentes tuvieran la capacidad de elegirse para el Parlamento. Por otro lado, los criterios censitarios estipulados como requisitos para el ejercicio de los derechos políticos negaban a la mayoría de la población el derecho de votar y, principalmente, el derecho de ser votado. El proyecto liberal, pese a toda la elocuencia en la defensa de la igualdad de todos los hombres, no nace un proyecto democrático. A excepción de Francia, que instituirá el sufragio masculino general ya en el año de 1848, en los demás países de Europa el sufragio solamente se convertirá en derecho universal de los hombres a partir de fines del siglo XIX, y será extendido a todos, incluso a las mujeres, solo en la primera mitad del siglo XX. Cfr. RÉMOND, René. *Introduction à l'histoire de notre temps. Le XIXe Siècle (1815-1914).* París, 1974; versión em portugués, *O século XIX 1815-1914, introdução à história de nosso tempo.* São Paulo, Cultrix, 1993, p. 43 y ss.

[213] MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a..., cit.*, p. 71.

[214] MALBERG, Raymond Carré. *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1785.* París, 1931; versión en español, *La ley, expresión de la*

El Parlamento, por el solo hecho de representarla, se halla lógicamente cualificado para promulgar, en todo momento, tanto las normas para las que se organiza el ejercicio del poder de la comunidad, como las que se refieren a otros objetos. La ley, en tanto obra de la voluntad general, se convierte en un estatuto del más alto nivel, que no comporta ningún estatuto con una esencia superior a la suya. En definitiva, desaparece la base misma de toda diferenciación verdadera entre leyes constitucionales y leyes ordinarias."

Sobre este hombre libre no puede pesar ninguna tradición, costumbre o divinidad. Solo la deliberación libre y racional es fuente legítima de limitación de la libertad individual. Ni la propia deliberación libre y racional es límite para otra deliberación libre y racional futura. Así, ni la Constitución puede cercenar la soberanía de la Nación. El voluntarismo de la revolución, según advierte Fioravanti,[215] "conduce inevitablemente a un ilimitado poder del pueblo o de sus representantes para cambiar la constitución y las reglas del juego", algo que está expresamente declarado en el artículo 28 de la Declaración de derechos de elaborada en 1793: "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución". Si no existe ningún procedimiento especial de revisión o reforma, basta con una ley para que se cambie por completo las disposiciones de la Constitución.

La ley tiene un ámbito de regulación ilimitado. Puede intervenir legítimamente en todos los asuntos y a cualquier profundidad, siéndole permitido agotar la regulación de cualquier tema, en cualquier sentido. La ley es soberana.

De esta manera, en cuanto norma superior del ordenamiento, la ley adquiere una fuerza propia (llamada "fuerza de ley"), fruto de la forma de deliberación (parlamentaria), independientemente de su contenido. La ley es suprema, se ubica en la cumbre del orden jurídico, jerárquicamente superior a todas las demás fuentes productoras de normas (costumbres, reglamentos, decisiones judiciales, etc.). Es imposible ser modificada o derogada por normas de otra naturaleza (fuerza pasiva) y tiene la capacidad para modificar o derogar

voluntad general: estudio sobre el concepto de la Ley en la Constitución de 1875. Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 109.

[215] FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales…, cit.,* p. 98.

todas las demás normas (fuerza activa).[216] Pero, más que norma superior, la ley se convierte en la única fuente de dónde deben emanar todas las demás normas del sistema. Como dijo GARCÍA-PELAYO, [217] fuera de la ley no hay posibilidad de decidir una contienda jurídica.

El Parlamento ejerce la soberanía por delegación de su titular, la Nación, y, de esta manera, sus actos, las leyes, son asimismo soberanos, se imponen a todos y en cualquier circunstancia, lo que resultará que la ley tendrá una posición superior en el orden jurídico, independiente de su contenido. El orden jurídico estaba, de esta manera, organizado esencialmente por el principio de jerarquía, que impone que la norma superior es el fundamento de validez de las normas inferiores y, en caso de conflicto entre normas de diferentes rangos, siempre prevalecerá la ley, que se encuentra en la cumbre de la jerarquía entre las fuentes normativas.

2.3.8. La Administración como actividad de mera aplicación de la ley *ex officio*

El principio de separación de poderes formulado por los revolucionarios tiene el claro propósito de garantizar la supremacía del Parlamento, el único poder verdaderamente político que expresaría legítimamente la voluntad de la Nación.[219] Los demás poderes se constituirían en meros ejecutores de esta voluntad expresada en la ley. De ahí que la ley era el "fundamento de legitimidad de toda la actividad de la Administración".[220] Como observa Cabral de Moncada,[221] en rigor, los poderes legislativo y judicial del Estado no son verdaderamente poderes políticos, sino meras competencias y solamente en la medida en que son atribuidas por la ley.

En el Estado fundado por la Revolución Francesa había solo un poder político, uno e indivisible, la Nación, ejercido indirectamente a través de la

---

[216] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho constitucional. Volumen I. Constitución y fuentes del Derecho. Derecho Constitucional europeo. Tribunal Constitucional. Estado autonómico.* Madrid, Tecnos, 2017, p. 103.
[217] GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*…, *cit.*, p. 68.
[219] Cfr. HOMEM, António Pedro Barbas. *A Lei da..., cit.*, p. 189.
[220] GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo Hernández. *La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés: mitos y realidades*. Revista de administración pública, 2004, n.163,4, p. 472.
[221] MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre…, cit*., p. 74.

Asamblea Nacional. Los actos realizados por los demás "poderes" y órganos del Estado serían secundarios, ejecutores de la ley, mera actividad silogística de subsunción de la norma general al hecho concreto, como propuso inicialmente Beccaria[222] para las normas penales y luego desarrolló Kant[223] para todo el derecho:

> "Cada Estado contiene en si tres *poderes*, es decir, la voluntad universal unida en una triple persona (*trias politica*): el *poder soberano* (la soberanía) en la persona del legislador, el *poder ejecutivo* en la persona del gobernante (siguiendo la ley) y el *poder judicial* (adjudicando lo suyo de cada uno según la ley) en la persona del juez (*potestas legislatoria, rectoría et iudicioria*), como las tres proposiciones de un razonamiento práctico: la mayor, que contiene la ley de aquella voluntad, la menor, que contiene el *mandato* de proceder conforme a la ley, es decir, el principio de subsunción bajo la misma, y la conclusión, que contiene el *fallo judicial* (la sentencia), lo que es de derecho en cada caso."

García de Enterría[224] destaca que, según el planteamiento de la época, la Administración no podía actuar por autoridad propia, sino amparándose en la autoridad de la ley. A la Administración cabría tan solo ejecutar la ley, lo que significaba, para los liberales del siglo XIX, en consonancia con las enseñanzas de Kant, particularizar por medio de la actuación concreta de la Administración, los mandatos abstractos de las normas.[225]

Asimismo - continúa García de Enterría[226] -, la vinculación de la Administración Pública a la ley tiene "un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece".

---

[222] "*In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore'dev'essere la legge generale, la mino'e l'azione conforme o no, alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta'all'incertezza*." BECCARIA, Cesare*. Dei delitti e delle pene.* Luce Edizioni, 2009, p. 54.
[223] KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Tecnos, 2005, p. 142-143.
[224] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón*. Curso de derecho…, cit.*, p. 425.
[225] Cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón*. Curso de derecho…, cit.*, p. 426.
[226] ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de…, cit.*, p. 145.

La ley y solo la ley es el alma que le concede movimiento al Estado, que no puede ejercer ningún acto de autoridad sobre las personas sino previamente autorizado por una ley. Es lo que quedó consagrado en la Constitución de 1791: "No hay en Francia autoridad superior a la de la ley; el rey tan solo reina por ella, y tan solo en nombre de la ley puede exigir obediencia."

La ley no solo era la suprema sino la única fuente de producción del derecho, de la cual debían derivar directamente cualquier potestad estatal. Como indica Balaguer Callejón,[227] cabía a la propia ley determinar la relación con las demás fuentes de sistema, es decir, "determinar qué ámbitos de decisión dejaba a los otros poderes sociales y cuál sería la capacidad normativa de éstos." Las otras fuentes normativas eran meramente subsidiarias, solo subsistían en la medida en que existía un reconocimiento o habilitación legal.

Como destaca Zagrebelsky,[229] "La Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples 'autoridades' derivadas", por lo que "la ausencia de leyes – leyes que atribuyesen potestades a la Administración – significaba para esta la imposibilidad de actuar".

La ley debía ser implementada de manera directa y automática, e incluso se llegó a prohibir la mera interpretación de la ley por un poder distinto al Legislativo, por lo que, por determinación de la Ley del 16-24 de agosto de 1790, cualquier duda sobre el significado de una ley debía ser remitida a la solución del Parlamento. Además del *référé legislatif*, los revolucionarios suprimieron las *remontrances*, práctica extendida durante el Antiguo Régimen de paralización del proceso de aprobación de la ley en los casos en las que no se estuviera de acuerdo con sus términos. Prohibieron también que se negara registro definitivo a las leyes. La finalidad última, apunta Balaguer Callejón,[230] era convertir la ley en fuente única del Derecho.

Esta "visión mecanicista"[231] del Derecho solo es comprensible en caso de que se tenga en cuenta que los revolucionarios se consideraban los legítimos portadores de la razón universal, obtenida a través del debate racional y libre entre los miembros del Parlamento, que representarían no a un grupo o

---

[227] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I...., cit.*, p. 39.
[229] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil…, cit.*, p. 27.
[230] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I. …, cit.*, p. 21.
[231] La expresión es de Balaguer Callejón. Cfr CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I. …, cit.*, p. 40

estamento, sino a toda la sociedad, lo que garantizaría que el resultado final de estos debates fuera una decisión alejada de cualquier interés privado, destinada a atender indistintamente a todos los ciudadanos, sin cualquier privilegio o discriminación.

Desde el plano político, la soberanía del Parlamento tenía el claro propósito de someter a toda la sociedad al poder de la autoproclamada Asamblea Nacional, la única instancia legítima de manifestación de la voluntad de la Nación.

Como consecuencia, la ley emanada de la Asamblea Nacional era la expresión de la voluntad de la Nación soberana, así que era el único cauce legítimo de manifestación del poder del Estado y, además, era la expresión de la razón, en la medida en que estaba elaborada por representantes de toda la Nación y en beneficio de todos.

2.3.9. La plenitud del Derecho estatal: la codificación

La filosofía de la Ilustración que inundó el Mundo en el siglo XVIII predicaba la emancipación del ser humano que, guiado por la razón, sería capaz de determinar, por demostración empírica o verificación lógico-matemática, la verdad de todos los fenómenos. Este pensamiento se aplicaba no solo a las leyes de la naturaleza, sino también a las leyes sociales. El uso del método adecuado sería capaz de llevar las sociedades a la elaboración de leyes que serían la traducción en el plan social de los dictámenes de la razón.

Con la abolición de los privilegios del Antiguo Régimen, las leyes no serían ya el estatuto jurídico de una clase o grupo social, determinado por circunstancias accidentales de la historia, sino del hombre en su propia esencia universal y, por ello, sometido a leyes también universales.[232] Como consecuencia, la regulación de las relaciones sociales se dará a través de grandes conjuntos de normas articuladas de forma sistémica, los códigos, que

[232] Bartolomé Clavero Salvador (*Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 18, n. 1, 1989, p. 81) resalta que para que la ley pudiera regular de forma completa y coherente toda un área de la vida social era necesario que el sujeto de la regulación fuera un sujeto unitario, lo que ha sido una de las características distintivas de la legislación decimonónica.

regulan por completo y de forma homogénea todas las esferas de la vida civil de este hombre universal.

El siglo XIX será, por ello, el siglo de los códigos. Cada rama de la vida civil recibirá su código de normas, especialmente en el derecho civil, penal, comercial y procesal. En todo el continente europeo – y más tarde en el continente americano – la vida civil será regulada por códigos, basados principalmente en los modelos francés y austriaco.[233]

El movimiento de codificación resalta John Kelly,[234] fue en parte una solución para el problema de la incerteza del derecho, característica de los sistemas jurídicos medievales, en los que coexistían una pluralidad de ordenamientos jurídicos que se sobreponían unos a otros, lo que generaba una gran incertidumbre sobre el derecho aplicable. Pero ha sido también, y fundamentalmente, "una expresión de la convicción de la época sobre el poder organizador de la razón pura, la principal certeza de la era de la Ilustración."[235]

Utilizando el lenguaje adecuado y disponiendo de las normas de manera organizada y sistemática, el derecho concretamente aplicable se extraería sencillamente de la lectura del código, tornando inútil el trabajo hermenéutico de gran parte de los juristas, lo que ha sido expresamente afirmado por el Rey Federico II de Prusia, en su Orden del gabinete de 1780 expedida: "mediante la simplificación de estas cosas, muchos jurisconsultos perderán indudablemente su misterioso prestigio, ganado con todo su comercio de sutilidades, y todo el cuerpo de los abogados existentes hasta la fecha resultará inútil."[236]

Esta ilusión en la capacidad de los códigos para determinar de manera segura el derecho aplicable a todas las situaciones de hecho, se propagará por toda Europa y fundará importantes corrientes de pensamiento jurídico, como la "Escuela de la Exegesis" ("*école de l'exégèse*") en Francia, cuyo espíritu ha sido

---

[233] Cfr. SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito..., cit.*, p. 337.
[234] KELLY, John M. *A short story of western legal theory.* Oxford, 1992; versión en portugués, *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo, Martins Fontes, 2018., p. 411)
[235] KELLY, John M. *Uma breve história…, cit.*, p. 411.
[236] Cfr. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg.* 1814; versión en español, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho.* Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 58.

sintetizado en la frase supuestamente atribuida a Juan José Bugnet:[237] "Yo no conozco el Derecho civil, yo enseño el Código Napoleón."

La codificación tiene sus raíces en la teoría *jusracionalista* de los derechos naturales de los hombres, derechos que se extraían de la propia naturaleza humana y, por ello, inmutables y eternos. Los juristas liberales de los siglos XVIII y XIX creían que había un Derecho universal e inmutable, pasible de ser descubierto por la razón y enunciado en leyes escritas.[238]

La positivación de estos derechos en normas jurídicas estatales ponía – en la visión de los liberales del siglo XIX – un término final en los debates sobre lo que era debido a cada uno (*Suum Cuique Tribuere*, según la fórmula de justicia de Ulpiano) y, principalmente, una garantía de su fuerza jurídica vinculante, puesto que el incumplimiento estaría, a partir de entonces, sujeto a las sanciones previstas en el Código.[239] Pero, como consecuencia indirecta, la elaboración de códigos de leyes que preveían todos los principios de justicia, escudriñando cada derecho y obligación, llevó a que no era necesario recurrir a ninguna razón o norma metajurídica, ni siquiera a las costumbres o jurisprudencia, puesto que los códigos (presuntamente) agotaban el derecho vigente en la sociedad ideal de los iluministas. Así pues, el proceso de codificación, aunque involuntariamente, llevará a la afirmación de un positivismo jurídico que paradójicamente negará los derechos naturales que han justificado el movimiento de codificación.[240]

Pero, además de la exclusión de la jurisprudencia, doctrina y costumbre como fuentes del Derecho, concediéndose al Parlamento el monopolio de la producción jurídica, otro factor que ha llevado al postulado de la completitud del orden jurídico estatal ha sido la prohibición de que los jueces dejaran sobreseída una demanda cuando no encontraran la solución al asunto que se les planteaba, prevista en el art. 4º del Código Civil francés de 1804[241] y posteriormente adoptada por toda Europa.[242] En el derecho romano existía la posibilidad de que

---

[237] *Apud* FASSÒ, Guido. *Storia dela Filosofia del Diritto*. *Vol. 3.* Bologna, 1966; versión en español, *Historia de la Filosofía del Derecho. Vol. 3. La Edad Moderna.* Madrid, Ediciones Pirámide, 1996, p. 27.

[238] Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español.* Madrid, Tecnos Editorial SA, 2004, p. 469.

[239] Cfr. FASSÒ, Guido. *Historia de la…. Vol. 2, cit.*, p. 224.

[240] Cfr. FASSÒ, Guido. *Historia de la… Vol. 3, cit.*, p. 25.

[241] "*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*."

[242] Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino, 1990; versión en portugués, *Das fontes às normas*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 176 y ss.

un litigio permaneciera sobreseído de manera indefinida cuando el juez declarara que la solución para el caso no estaba clara ("*non liquet*", en latín), sea por ausencia de norma sea por indeterminación de cuál era la norma directamente aplicable. Esta prerrogativa de la justicia de negarse a solventar la demanda bajo la alegación de que no estaba claro el derecho aplicable al caso ha pasado al Derecho Medieval, a través del *ius commune*, de naturaleza jurisprudencial, y ha permanecido hasta las vísperas de la Revolución Francesa.

Para los revolucionarios, la garantía de la prestación jurisdiccional era parte indisponible de la garantía de los derechos naturales del hombre. Según el art. 16 de la Declaración de 1789: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos (…) carece de Constitución." Por ello, los revolucionarios se sublevaron contra el sistema de justicia del *Ancién Régimen*, que no garantizaba la debida prestación jurisdiccional puesto que la efectividad de los derechos quedaba al antojo de la voluntad del rey.

En el Antiguo Régimen, el rey tenía en sus manos todos los poderes – legislativo, ejecutivo y judicial – del Estado, así que la justicia se hacía por delegación y en nombre del rey. Siendo la justicia la expresión de un poder soberano, el rey podía revisar cualquier fallo dictado por un juez inferior, así como los jueces podían rehusar juzgar una causa. No había un derecho a la prestación jurisdiccional, que se hacía por gracia y misericordia del rey. Por otro lado, algunos señores e instituciones recibían del rey un estatuto de inmunidad que impedía que fueran enjuiciados por sus actos. Por ello, una de las primeras y más importantes medidas de la Revolución ha sido la reforma del poder judicial, a través de la Ley del 16-24 de agosto de 1790 y, posteriormente, la prohibición del *non liquet*, prevista en el art. 4º del Código de Napoleón.

Una vez que se prohibió a los jueces dejar sin solución una causa bajo pretexto de inexistencia de una norma que la regulara, ha sido consecuencia necesaria admitir que el orden jurídico estaba completo, que preveía, explícita o implícitamente, solución para todos los casos.

Los Códigos, en general, preveían que, en defecto de ley que regulara la materia, habría la posibilidad de recurso a mecanismos de auto y heterointegración del ordenamiento. Es el caso del art. 7º del Código Civil austríaco de 1812, que preveía que en los casos dudosos, no solucionables por las normas positivas, el juez debería recurrir a los principios de derecho natural,

o el art. 3º de las "disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general" del Código Civil italiano de 1865, según el cual, "Cuando una controversia no se pueda decidir con una precisa disposición de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso continúa todavía dudoso, se decidirá según los principios generales del Derecho."

Sin embargo, en el Código Napoleónico no había disposición similar, lo que ha llevado a que sus intérpretes extrajeran del Código la exigencia de que la solución para todas las controversias jurídicas debería ser obtenida siempre de las disposiciones de la ley.[243]

2.3.10. La supremacía de la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado

Por paradójico que parezca, los revolucionarios franceses de 1789 lucharán contra el absolutismo con el arma principal del absolutismo: la prerrogativa absoluta de legislar (*legibus solutus*).[248] Los franceses reivindicaban desde luego un poder absoluto para la Asamblea General, aunque eufemísticamente atribuyeran este poder a la nación que, sin embargo, no lo ejercía directamente, sino solo indirectamente por medio de sus representantes en la Asamblea Nacional.

La fórmula del artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene”) ha sido una tentativa de los franceses de construir un sistema político en el que la asamblea de representantes de la nación fuera la única y absoluta soberana.

---

[243] Según resalta Balaguer Callejón (*Fuentes del derecho. I…, cit.*, p. 37), en el proyecto de Código estaba previsto el recurso a la equidad. El art. 9º, que contenía la posibilidad de utilización del juicio de equidad, no se integró a la versión definitiva del Código, lo que llevó a la interpretación de que el legislador habría vetado el recurso a cualquier mecanismo de solución de controversias que no estuviera previsto en la ley.

[248] Como destaca Luciano Parejo Alfonso (*El concepto de Derecho Administrativo*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 37), hay la “traslación de la soberanía (en definitiva, del poder) desde el Príncipe (principio monárquico del absolutismo) a la nación, entendida como distinta de los individuos que la componen y titular de dicha soberanía (poder) de forma originaria y ejercida – en virtud de delegación – por los órganos constituidos por la propia nación.”

Solo las normas de la Asamblea Nacional tendrían la fuerza de crear derechos y obligaciones.

Aspiraban los burgueses franceses a introducir el monopolio de la ley en la producción de normas jurídicas.[249] Sin embargo, la tarea se hizo imposible ante la rígida división de poderes establecida en la Constitución de 1791, que aseguraba a la Administración el ejercicio de su función libre de cualquier intervención del Poder Judicial. De esta rígida separación entre los poderes, que impide que uno interfiera en las funciones del otro, resultará como consecuencia natural, observa Laferrière,[250] la institución de una jurisdicción administrativa para enjuiciar los actos de la Administración. Por ello, el poder de solventar los conflictos entre la Administración y los ciudadanos es conferido a la propia Administración que, en defensa de sus funciones, se reconoce a sí misma un poder discrecional general de adoptar las medidas necesarias al ejercicio de su "deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados".[251] En concreto, la jurisdicción administrativa ha permitido a la Administración un gran margen de libertad para crear reglas jurídicas no previstas en las leyes.

La vinculación positiva a la ley se hacía imposible, asimismo, por la propia ausencia de una legislación administrativa, que regulara específicamente la acción del gobierno. La legislación que se desarrolla en Francia a partir de la Revolución es una legislación de naturaleza principalmente civil y comercial, basada en la igualdad que rige las relaciones privadas y que, por ello, no satisfacía las peculiaridades de la acción de la Administración, que necesitaba de poderes exorbitantes del derecho civil para limitar los intereses particulares al interés público. En la ausencia de una legislación administrativa que regulara los medios de acción de la Administración, ha sido la jurisprudencia del Consejo

---

[249] De la literalidad del dispositivo resulta que solo la ley es fuente de obligaciones, lo que podría llevar uno a pensar que la norma solo impone una reserva de ley en las restricciones de derecho. Sin embargo, el Derecho es un fenómeno correlacional, puesto que "al derecho de uno le corresponde un deber del otro sujeto" (LUMIA, Giuseppe; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Santiago del Chile, Colecciones Olejnik, 1979, p. 24). Este deber puede corresponder a individuos específicos, como en las obligaciones de naturaleza personal, o puede ser un deber general (*erga omnes*) de respecto al ejercicio del derecho, como suele ser en los derechos reales, a ejemplo del derecho de propiedad. Sobre la diferencia entre los derechos reales y personales, Cfr. FRANÇA, Rubens Limongi. *Os direitos reais***.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1970, vol. 65, p. 127-135.

[250] LAFERRIÈRE, Firmin. *Cours de droit public et administratif*. Joubert libraire éditeur, 1841, p. 598.

[251] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008, p. 32.

de Estado quien ha construido el arsenal de prerrogativas que la Administración necesitaba. Las inmensas lagunas jurídicas que existían en el derecho administrativo llevaron al Consejo de Estado a crear un derecho verdaderamente nuevo para la Administración.[252] Por lo cual, términos jurídicos de amplia utilización como la teoría de la imprevisión, la prohibición del enriquecimiento sin causa, la responsabilidad civil objetiva del Estado, el desvío de poder, surgen antes como un producto de la jurisprudencia del Consejo de Estado.[253]

Al contrario de la jurisdicción ordinaria, que permaneció demasiado vinculada a las disposiciones del Código Civil, la jurisdicción administrativa no ha dudado en innovar en el orden jurídico, creando soluciones a los problemas prácticos que la vida administrativa presentaba. "Así han ido naciendo a lo largo del siglo XIX las reglas fundamentales cuyo conjunto ha terminado constituyendo el Derecho administrativo francés, en los intersticios de la Ley y por la acción espontánea del Juez".[254]

Inicialmente, la jurisdicción administrativa era ejercida por el Consejo ejecutivo de la Convención y por los miembros del Directorio.[255] En la Constitución de 1799, promulgada por Napoleón Bonaparte tras el golpe de Estado del 18 de brumario, es creado el Consejo de Estado, órgano responsable de "redactar los proyectos de ley, los reglamentos de administración pública, y resolver las dificultades que se presentan en materia administrativa" (art. 52). Hasta la edición de la Ley del 24 de mayo de 1872, que reconocerá el poder de decisión final al Consejo de Estado (el sistema de jurisdicción delegada), la jurisdicción del Consejo de Estado tenía naturaleza meramente consultiva. Los ministros de Estado eran las autoridades competentes para decidir sobre las quejas presentadas por los ciudadanos contra la Administración, decisión sobre la cual cabía recurso al Consejo de Estado que, como órgano de apelación contra la decisión del ministro, solo podía presentar una propuesta de decisión

---

[252] Cfr. BAUZÁ, Rolando Pantoja. *El derecho administrativo: Concepto, características, sistematización, prospección***.** Santiago de Chile**,** Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 27; ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Los paradigmas de la legalidad en el derecho administrativo francés.* Universidad Pública de Navarra, 2008, p. 349.

[253] Cfr. TORRES, Sílvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado.* Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 24.

[254] RIVERO, Jean. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo*. Revista de Administración Pública, 1951, n. 6, p. 292.

[255] Cfr. CARRO, J. L.; VALMAYOR, A. Fernández. *La doctrina de acto político***.** Revista de administración pública, n. 53, 1967, p. 75.

(el sistema de justicia retenida) al Primer Cónsul, a quien cabía en definitiva el poder de decidir.[256]

Será, de esta manera, la propia Administración quien, a través de la jurisdicción administrativa, dictará el régimen jurídico al que se somete la función administrativa del Estado. Como observa Alfonso Masucci,[257] el derecho administrativo francés será construido por el propio gobernante (*ex parte principis*), especialmente durante el primer imperio, donde Napoleón reforzará la autoridad del Estado y la eficacia de la acción administrativa. Tras la caída del *Ancien Régimen*, era necesario dotar el gobierno de los medios necesarios para construir el nuevo mundo que se anunciaba. Como consecuencia, observa Masucci,

> "Se dio vida a un Derecho administrativo unilateral y privilegiado. Incluso si los poderes de la Administración debían, como obsequio a las conquistas revolucionarias, ser previstos 'par des textes legaux', la relación autoridad/ciudadano fue estructurada como una simple relación autoridad/sujeción, que venía caracterizada por una volonté de commandement de la Administración pública. Y ello porque la acción administrativa, si bien sometida al nivel de los principios a la legalité, al nivel de los hechos resultó escasamente «embridada» por la ley. En efecto, la Administración podía 'modifier les situations juiridiques par sa seule volonté sans le consentement des intéresses'. La 'décision exécutoire' resultaba ser un 'acte dans lequel l'administration met en oeuvre ce pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques'."

El control de los actos administrativos, por lo tanto, queda sometido a la propia organización jerárquica de la Administración, lo que llevará a que el Consejo de Estado fuera reacio a admitir cualquier intervención en las decisiones de los órganos superiores o en la política del gobierno. En el *arêt Laffitte*, de primeros de mayo de 1822, el Consejo de Estado francés sepultará

---

[256] Cfr. GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit.* Pensamiento Constitucional, 2002, v. 8, n. 8, p. 145; PINZÓN, Miguel Malagón. *La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial*. Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, n. 23, 2005, p. 178.

[257] MASUCCI, Alfonso. *Formazione ed evoluzione del diritto amministrativo in Francia e Germania*. 2011; versión en español, *Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania*. Revista de administración pública, n. 184, 2011, p.10.

definitivamente la pretensión de un principio general de vinculación positiva a la ley.[258]

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado que se inaugura en el *arrêt Laffitte* y que perdurará durante casi todo el siglo XIX, no serían susceptibles de revisión los actos que tuvieran un móvil político, los llamados actos de gobierno. Se establece, a partir de entonces, una escisión, una *summa divisio*, entre actos administrativos, cuya adecuación a la ley es justiciable, y actos de gobierno, exentos de cualquier control jurisdiccional.

La jurisprudencia del Consejo de Estado intenta en todo momento alejar la aplicación de la legislación civil a los actos de la Administración, garantizando a la Administración la supremacía necesaria para frenar los intereses particulares al interés público. Por ello, el Derecho Administrativo tendrá la característica de ser un conjunto de reglas que evitan la aplicación de las normas del Derecho Privado, es decir, un régimen jurídico que reconoce a la Administración privilegios y prerrogativas no extensibles a los particulares: la potestad reglamentaria, el privilegio de la autotutela, la ejecutoriedad de sus actos, la potestad sancionadora, el poder de policía administrativa, los privilegios de imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público, entre otras prerrogativas.[259]

La actividad del Consejo de Estado, sin embargo, era casuística, se enfrentaba a os problemas según se presentaban y daba una respuesta a cada problema de manera puntual, sin preocuparse de la coherencia del sistema como un todo. Ha tocado, a su vez, a la doctrina el trabajo de sistematización de la jurisprudencia administrativa. En el intento de construir un sistema autónomo, con sus propios postulados teóricos – la autonomía científica, una verdadera obsesión de la época –, separado tanto del Derecho Civil como del Derecho

---

[258] Napoleón había concedido a su hermana Paulina Borghese una renta vitalicia, que, posteriormente, fue vendida por Paulina al banquero Laffitte. Tras la abdicación de Napoleón, una Ley de 12 de mayo de 1816 privó a la familia Bonaparte de todos bienes, títulos, pensiones que se les hubiese sido otorgado a título gratuito y, entre ellos, la citada renta de la princesa Borghese. A partir de la edición de la ley, el Ministerio de las Finanzas se negó a pagar la renta a Laffitte, incluso las rentas anteriores a la ley que todavía no habían sido pagadas. Laffitte impugnó ante el Consejo de Estado la negativa del Ministerio de las Finanzas a pagarle las cuotas de las rentas vencidas con anterioridad a la ley, pero el Consejo de Estado rechazó el recurso del banquero, bajo el argumento de que "la denuncia del señor Laffitte obedece a una cuestión política, cuya decisión corresponde exclusivamente al gobierno."

[259] Cfr. PUIGPELAT, Oriol Mir. *El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional***.** Revista de Administración Pública, n. 162, 2003, p. 69.

Constitucional, la doctrina se apoyó más en la jurisprudencia que en la ley que, por supuesto, trataba fundamentalmente de las relaciones privadas.[260]

No por casualidad, los primeros tratados de derecho administrativo tratarán esencialmente del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Entre los más importantes, las obras "*Jurisprudence du Conseil d'État*", de Jean-Baptiste Sirey, publicada en 1818, y "*Des tribunaux administratifs, ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*", de Louis-Antoine Macarel, publicada en 1828.[261]

La doctrina buscará a través del concepto que unifica las distintas soluciones que la jurisprudencia administrativa, un intento de garantizar una coherencia al conjunto de normas y decisiones administrativas. Durante casi todo el siglo XIX, será el concepto de *puissance publique*, la potestad de imperio que tiene la Administración para sujetar los intereses particulares al interés público, el concepto que dará unidad al orden jurídico administrativo.[262] De esta manera, aunque la Constitución diga que solo la ley puede imponer una obligación a los particulares, el poder de la Administración de imponer su voluntad a los particulares resultará no de la ley, sino de la propia naturaleza de la Administración como guardiana de los intereses de la colectividad.

Cuando se habla de las fuentes del derecho administrativo francés del siglo XIX, por tanto, la Constitución no corresponde a los hechos. Como Jean Rivero[263] advierte, si se aborda el problema de las fuentes del Derecho administrativo no a partir del texto de la Constitución, sino a partir de la realidad, se constatará que el Consejo de Estado tuvo un papel preponderante. Mientras en los litigios civiles la solución se busca en primer lugar en el Código civil, en el contencioso administrativo hay que dirigirse al "*Recueil des árrets du Conseil d'Etat*". El Derecho Privado, en general, y, más específicamente, el *Code Civil*, han sido considerados insuficientes e inadecuados para regular las relaciones de la Administración Pública, lo que llevó a que el Consejo de Estado francés

[260] Cfr. CASESSE, Sabino. *Il Diritto amministrativo: storia e prospecttive*. Milán, 2010; versión en español, *Derecho administrativo: historia y futuro*. Global Law Press, 2014, p. 37.
[261] Cfr. LESSA, Pedro Augusto Carneiro. *O direito no século XIX.* Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 8, 1900, p. 168.
[262] MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo I: Historia de las instituciones jurídico-administrativas 1.* Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 45 y ss.
[263] RIVERO, Jean. *Los principios generales…, cit.*, p. 290.

formulara sus propios conceptos y normas, muchas veces obtenidos por derivación y adecuación de otras normas, pero, muchas otras veces por libre creación, asumiendo el papel de verdadero legislador.[264]

El derecho administrativo francés, por lo tanto, lejos de fijarse exclusivamente en la ley, es una creación fundamentalmente jurisprudencial, como reconoció René Chapus.[265] El principio general de vinculación positiva a la ley ha sido, por ello, un objetivo, un programa de gobierno, quizá se pueda decir un sueño, pero no ha sido jamás una realidad. Y no podría ser de otra forma, ya que el derecho es un fenómeno social y, por ello, nace espontáneamente de las relaciones sociales, que no pueden ser completamente controladas por ninguna fuerza superior. Como ha dicho Jhering,[266] "por encima del derecho está la vida".

Aunque la ley fuera la fuente suprema del orden jurídico, el régimen jurídico a que se ha sometido la Administración ha sido forjado fundamentalmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha utilizado conceptos e instrumentos que no resultaban directamente de la ley, sino, al revés, han sido verdaderas creaciones jurisprudenciales. La labor del Consejo de Estado, por lo tanto, ya demostraba la insuficiencia de la ley, pese a la dogmática de la época que, en líneas generales, presuponía que todas las normas tuvieran su fundamento de validez en la ley.

2.4. El modelo de legalidad administrativa de la restauración monárquica: el espacio reservado de la sociedad

2.4.1. La organización administrativa de los Estados alemanes: el poder de policía

La evolución de la Administración Pública alemana, como destaca Fritz Fleiner,[267] no ha sido fruto de revoluciones o crisis sociales violentas, sino que, por el contrario, ha sido resultado de un largo y lento proceso de gestación que

[264] Cfr. VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*..., *cit.*, p. 46 y ss.
[265] CHAPUS, René. *Droit administratif général. Tome 1*. Paris, Montchrestien, 2001, p. 6.
[266] JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht.* 1877; versión en español, *El fin en el Derecho*. Madrid, B. Rodríguez Serra, 1911, p. 160.
[267] FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho…, cit.,* p. 25.

ha adquirido diversas formas en los territorios. Esta evolución no ha sido tampoco lineal en el tiempo. En cada período convive el derecho nuevo con el antiguo. Por esta razón, no están claramente determinados los hitos de transformación, cuando una determinada concepción o institución jurídica se establece a cambio de otra que queda superada. Por la misma razón, las raíces del concepto de legalidad administrativa en Alemania son más tenues, más difíciles de determinar, además de tener un origen más remoto que proviene de la tradición medieval.

La ausencia de unidad política del territorio alemán impidió que las normas de actuación de la administración desarrollaran carácter sistemático, lo que solo será posible con la formación del Imperio Alemán en 1871. Por ello, cuando se habla del derecho alemán antes de la formación del II Reich, se hace referencia principalmente al Estado de Prusia, que fue el territorio que estuvo a la cabeza en el escenario político y económico.

De la diversidad de regímenes, es posible identificar un elemento de unidad, que ha acompañado a los diversos ordenes jurídicos territoriales: el derecho administrativo de los estados alemanes, según destaca Martin Ibler,[268] tiene la peculiaridad de haber sido construido a partir de los principios generales del derecho de policía.

Desde la Edad Media, la actividad administrativa del Estado estaba estructurada bajo el principio del buen orden interno ("buena policía"), es decir, el combate a las prácticas y situaciones que representaban un peligro para el orden social. El príncipe, considerado el *padre del pueblo* (*landesvater*), tenía el deber de proteger el orden social.[269] Ya en el alba de la Edad Moderna, el Sacro Imperio Romano Germánico se ocupó al detalle de la buena ordenación interna. Las primeras normas de policía de las costumbres tienen origen en el siglo XVI. Así, en el año 1530, el Emperador Carlos V dictó una ordenanza regulando diversos aspectos de los usos y costumbres sociales que incluían las vestimentas consideradas inadecuadas, límites para los precios de refecciones en posadas y restricciones y prohibiciones de embriaguez, usura, blasfemias y

[268] IBLER, Martin*. Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos)*. Revista IUSTA, 2010, vol. 32, p. 144.
[269] Cfr. STOLLEIS, Michael. *Direito Público na..., cit.*, p. 65.

mendicidad. Posteriormente, en 1548, otra ordenanza imperial determinaba a todos los superiores jerárquicos "establecer y mantener entre sus inferiores un orden bueno y honorable y castigar a los desobedientes."[270]

Con el movimiento de la Reforma Protestante iniciado por Lutero, el poder espiritual antes reconocido al Papa se transfirió a los príncipes territoriales que, mediante el *ius reformandi*, pasaron a ostentar la responsabilidad – y, por supuesto, el poder – de hacer todo lo que se hiciera necesario para la salvación espiritual de sus súbditos lo que hizo, en definitiva, que el Príncipe adquiriera una potestad pública absoluta.[271]

Tras la pérdida de la supremacía del derecho imperial a consecuencia de la Paz de Westfalia, se abrió un hueco en el poder político que fue ocupado por los príncipes territoriales, que reivindican para si el poder absoluto, libre de los antiguos límites estamentales y de la jurisdicción imperial.[272] Por medio de los *privilegia de non appellando* e *privilegia de non evocando* los príncipes se liberan de la jurisdicción imperial. Por el primero, una causa que hubiera sido juzgada en los tribunales territoriales no puede ser demandada más ante un tribunal imperial. El privilegio se otorgaba con carácter ilimitado o para litigios de una cierta naturaleza o determinado valor. Por el segundo, se impedía que las causas en tramitación ante un tribunal territorial pudieran ser avocadas por un tribunal imperial. Se consideraba que el emperador, juez supremo de todo el imperio, podía revocar (*ius evocandi*) la decisión de cualquier causa que estuviera bajo el juzgamiento de cualquier tribunal territorial del imperio. El *privilegia de non evocando* garantizaba al príncipe el derecho de no tener las causas sometidas a sus tribunales revocada por el emperador.[273]

Fundamentados en su *ius eminens*, que les garantizaba el dominio sobre todos los bienes (*dominium eminens*) y personas (*potestas eminens*), los

---

[270] DUBBER, Markus Dirk. *The police power: Patriarchy and the foundations of American government.* New York, Columbia University Press, 2005, p. 70.
[271] Cfr. FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho…, cit.*, p. 26.
[272] La Reforma Protestante, además, generó un nuevo espacio para la actuación del monarca. El amparo a los miserables y enfermos había sido realizado a lo largo de la Edad Media por la Iglesia Católica. Tras la reforma, el cierre de las instituciones católicas de caridad en los Estados protestantes hizo que el príncipe asumiera estas actividades asistenciales, aumentando así su protagonismo interventor. Cfr. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional.* A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2009, vol. 9, n. 38, p. 42.
[273] Cfr. ROCA, María J**.** *La recepción del Ius Commune por el Tribunal Superior del Sacro Imperio Romano Germánico***.** e-Legal History Review, 2010, n. 10, p. 26.

príncipes territoriales adquieren un derecho de supremacía que les permite intervenir hasta en los derechos adquiridos (*iura quaesita*) de los súbditos, siempre que sea necesario para la satisfacción del bien común, sin la necesidad, además, de la aprobación de los estamentos.[274] Estas intervenciones se fundamentaban en la teoría del *ius politiae* (poder de policía) venida de Francia, que en Alemania echará raíces más profundas, pues será utilizada para la conservación de la ética de la nobleza terrateniente gobernante, basada, destaca Norbert Elias,[275] en la larga tradición familiar de los valores militares de la obediencia, honor, disciplina, responsabilidad y lealtad.

La policía administrativa alemana, por lo tanto, tenía carácter aristocrático y conservador. Estaba basada en la defensa de la moral cristiana y del orden estamental contra cualquier elemento de inestabilidad o cuestionamiento del orden vigente.[276] Exhortaba a las virtudes cívicas del padre, de la madre, del profesor, de todos los elementos de la sociedad, principalmente, del príncipe. Las virtudes cívicas eran enseñadas en manuales, los conocidos "espejos de príncipes" (*speculum principium*),[277] dirigidos inicialmente a la educación de los príncipes, pero luego a la educación de los funcionarios, en general. Inicialmente contenían directrices éticas y de carácter religioso, pero poco a poco van ganando contenido cada vez más técnico, hasta que se convierten en verdaderos tratados de administración pública.[278]

Al igual que los revolucionarios franceses, los alemanes estaban preocupados por educar a la sociedad, en difundir hábitos y costumbres virtuosos que permitieran que la felicidad fuera alcanzada por todos. Pero, mientras que en Francia la educación de la sociedad era obra del legislado,[279]

---

[274] Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Administración y jueces: gubernativo y contencioso: reflexiones sobre el Ancien Régime y el Estado constitucional. En* COMMAGER, Henry Steele, et al. Festschrift fur Karl Loewenstein. Tübingen, Mohr, 1971*.,* p. 9; FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts.* Berlín, 1950; versión en español, *Tratado de derecho administrativo.* Madrid, Instituto de estudios políticos, 1958, p. 41; MAURER, Hartmut. *Allgemeines verwaltungsrecht*. Munique, 2006; versión en español, *Derecho administrativo alemán.* México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 16.

[275] ELIAS, Norbert. *Studien über den Deutschen*. Frankfurt, 1989; versión en español, *Los alemanes*. Buenos Aires, Nueva Trilce, 2009, p. 192-193.

[276] Cfr. STOLLEIS, Michael. *Direito Público na..., cit.*, p. 65.

[277] Los espejos de príncipes surgieron en la Edad Media como códigos de conducta para el desarrollo de las virtudes cristianas en los príncipes.

[278] Cfr. STOLLEIS, Michael. *Direito Público na..., cit.*, p. 67.

[279] Dijo Helvétius (*De L'esprit*. 1758; versión en español, *Del espíritu*. Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 258): "únicamente por medio de buenas leyes se pueden formar hombres virtuosos".

en Alemania, por contra, era obra esencialmente del príncipe y de su cuerpo de funcionarios.

Las relaciones feudales en Alemania habían sido construidas bajo la mediación del Sacro Imperio Romano Germánico, razón por la que, con la erosión del poder del Imperio y la concentración del poder en las manos de las monarquías locales, los privilegios feudales pierden su fuerza ante el príncipe soberano, titular único de un poder directo e ilimitado sobre todos los súbditos del reino. En el caso particular de Prusia, la concentración del poder político en las manos del rey se inició con la centralización de las funciones administrativa y judicial del reino en dos órganos creados por Federico Guillermo I: el Directorio General y el Ministerio de Gabinete, que estaban controlados por el rey directamente o a través de la recién creada Cancillería.[280] Internamente, la actividad de los órganos administrativos estaba rígidamente reglada y sufría un severo control por parte de toda la cadena jerárquica, que tenía al rey en la parte más alta. Las decisiones de los funcionarios inferiores podrían, en cualquier momento, ser reformadas o anuladas por los superiores jerárquicos, especialmente por el rey, quien tenía la prerrogativa de decidir, anulando, revocando o reformando las decisiones administrativas o hasta avocando el poder para decidir directamente sobre cualquier asunto. En consecuencia, el rey disciplinaba y controlaba toda la policía administrativa.

Externamente, el poder de la policía administrativa no encontraba obstáculos. Aunque se pudieran recurrir los actos de los funcionarios a sus superiores jerárquicos, incluso al rey, la decisión que se establecía en el ámbito administrativo era soberana.[281] No había separación de poderes. El rey tenía la última palabra sobre todos los asuntos del reino.

En definitiva, la policía administrativa era la manifestación de un poder político soberano, capaz de intervenir en la libertad y propiedad de todos los súbditos.[282] Este poder estuvo a la cabeza de todas las demás prerrogativas del príncipe, que tiene el deber de proteger el orden público y proveer el bienestar

[280] Cfr. MARCOS, Maximiliano Hernández. *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica.* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, p. 25.
[281] Cfr. MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1.*Leipzig, 1895; versión en español, *Derecho Administrativo Alemán.* Tomo I. Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 50.
[282] Cfr. CAMPESI, Giuseppe. *A genealogy of public security: the theory and history of modern police powers.* New York, Routledge, 2016, p. 100.

general, por lo que puede servirse de todos los medios necesarios para lograr estos fines.[283]

En el siglo XVIII, se creía en Alemania que el fin de la organización política del Estado era la realización plena de la felicidad de los súbditos.[284] El príncipe, en la posición de *summa potestas* del Estado, tiene la obligación de la búsqueda, directa o a través de sus funcionarios, de la felicidad general, razón por la que "ningún objeto de la administración pública está excluido de su actividad inmediata".[285] El príncipe estaba autorizado a hacer todo lo que fuera necesario para la salvaguarda del bienestar general, interviniendo incluso en la esfera privada de los individuos, lo que le daba un poder (casi) absoluto e ilimitado. Desde el aspecto teórico, la formulación del poder de policía del Estado reflejaba la concepción del filósofo Christian Wolff de que el hombre debe perseguir la perfección moral y, en el estado civil fundado tras el contrato social, esta obligación compete no sólo a cada uno individualmente sino a la sociedad en su conjunto, es decir, al Estado.[286]

La intervención en las relaciones que afectaban al orden interno de la comunidad aumentó a medida que la población pasaba a concentrarse en las ciudades. La garantía del abastecimiento de agua y alimentos, prevenciones de incendios, medidas de salud pública, transporte, represión de la criminalidad, etc., llegaron a ser problemas centrales de la sociedad. Así pues, la policía administrativa se convierte en la actividad estatal preponderante y, por ende, el Estado se vuelve cada vez más fuerte y presente.

La policía es un poder orientado a la satisfacción del bien de toda la sociedad; sin embargo, ante la ética basada en las virtudes cívicas y el carácter marcial y aristocrático de Alemania, el bien de la sociedad se confundía con la consolidación del poder del Estado, lo que es dicho con todas las palabras por von Justi:[287] "objeto de la policía es afirmar y aumentar, por la sagacidad de sus

---

[283] Cfr. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo… cit.,* p. 34; MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo…, cit.*, p. 16.
[284] Cfr. MEDINA, Manuel Alberto Restrepo. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI.* Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 137.
[285] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo… cit.*, p. 48.
[286] Cfr. COPLESTON, Frederick. *A History of Philosophy: Volume 6, Wolff to Kant*. Nueva York, 1960; versión en español, *Historia de la filosofía, de Wolff a Kant. Tomo VI.* Barcelona, Ariel, 1992, p. 115; FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Policía y dominio… cit.*, p. 45.
[287] VON JUSTI, Johann Heinrich Gottlob. *Grundsätze der polizeiwissenschaft*. Gottingen, 1756; versión en español, *Ciencia del Estado*. México D.F., Instituto de Administración Pública del Estado de México, 1996, p. 22. Para Von Justi, tanto la policía como la política tienen por objeto

reglamentos, el poder interior del Estado." En definitiva, será la idea del poder de policía la justificación técnica para la ilimitada extensión del poder del príncipe en el Estado alemán moderno.[288]

En su evolución en Alemania, inicialmente, la actividad de policía se confunde con la actuación misma del soberano político, solo contraponiéndose a las potestades eclesiásticas de los príncipes.[289] Tras la amplia reforma de la Justicia realizada por Federico Guillermo I de Prusia, por medio de la Orden general sobre la mejora de la justicia ("*Allgemeine Ordnung die Verbesserung des Justizwesens betreffend*"), de 1713, la actividad de policía administrativa recibirá un concepto más preciso de actividad administrativa distinta de las administraciones de la justicia, militar y financiera. El poder de la policía, desde entonces, es identificado con la administración interna del Estado (*Innere Verwaltung*),[290] pero su poder sigue casi ilimitado, ya que su finalidad todavía se considera el bienestar y la felicidad de la colectividad, conceptos demasiados amplios y que justifican la intervención en cualquier esfera de la actuación humana. Así que Von Justi[291] dijo en 1756 que la policía "comprende todo lo que puede contribuir a la felicidad de los ciudadanos y, principalmente, a la conservación del orden y la disciplina, los reglamentos que miran a hacerles la vida más cómoda y procurarles las cosas que necesitan para subsistir."

Ante la amplitud de este poder, la lucha por los derechos naturales del hombre que se estableció en Europa a partir de las concepciones iusnaturalistas tendrá en Alemania el rasgo particular de la lucha por la limitación del poder de policía. Así que el desarrollo del derecho administrativo alemán en el siglo XVIII estuvo estrechamente vinculado a la búsqueda de las bases jurídicas de las intervenciones de la policía administrativa en la libertad y propiedad de los ciudadanos.

---

el fortalecimiento del poder del Estado. La diferencia es que, mientras el objeto de la policía es fortalecer el poder interno del Estado, el objeto de la política es fortalecer el poder del Estado proporcionalmente al de sus vecinos.

[288] Cfr. FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Policía y dominio… cit.*, p. 41.

[289] Cfr. NIETO, Alejandro. *Algunas precisiones sobre el concepto de policía.* Revista de Administración Pública, 1976, n. 81, p. 40.

[290] En realidad, observa Alejandro Nieto (*Algunas precisiones sobre…, cit.*, p. 39), la identificación de la policía administrativa con la administración de los asuntos interiores del Estado ya venía desde el nacimiento del Estado moderno.

[291] VON JUSTI, Johann Heinrich Gottlob. *Ciencia del Estado… cit.*, p. 22.

2.4.2. La construcción de una esfera de la sociedad protegida contra las intervenciones del poder ejecutivo del Estado: la policía de prevención de riesgos

En Alemania, el liberalismo ha sido menos influyente que otros movimientos antiliberales, como el hegelianismo o la escuela histórica, por lo que no ha sido nunca una doctrina dominante.[292] Sin embargo, ha influido decisivamente en el pensamiento alemán a partir de finales del siglo XVIII, especialmente en la contestación al poder de la policía del Estado, considerado por muchos excesivo, tanto en su objeto como en los medios utilizados.

Las críticas ganan fuerza con la obra de Immanuel Kant, que rechaza cualquier tentativa eudemonista de fundamentar la doctrina del derecho y del Estado en el principio de felicidad y propone una ética formalista, basada en postulados éticos de naturaleza formal (los imperativos categóricos). Para el filósofo, un gobierno paternalista, en el que el príncipe dispone sobre lo que es lo mejor para los súbditos, es el mayor despotismo imaginable. Según Kant:[293]

> "Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)."

Se empieza, entonces, a dibujar un concepto más restrictivo de la policía administrativa, basado en el principio liberal burgués de la libre competencia, que reivindicaba al Estado una posición más pasiva de protección de los derechos naturales de libertad y propiedad, no debiendo, por ello, interferir en los asuntos privados.

Johann Stephan Pütter,[294] uno de los juristas de la prestigiosa "Escuela de Göttingen", hizo en 1770 el resumen perfecto de la finalidad del Estado en la

---

[292] Cfr. GARCÍA, Joaquín Abellán. *Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl.* Revista de estudios políticos, 1983, n. 33, p. 123 y ss.
[293] KANT, Immanuel. *Uber Den Gemeinspruch: Das Mag in Der Theorie Richtig Sein, Taugt Aber Nicht Fur Die Praxis*. 1793; versión en español, *Teoría y práctica*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 27.
[294] A*pud* FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro*. Policía y dominio…, cit.*, p. 47.

concepción del liberalismo: la finalidad no era la persecución del bienestar con la utilización de la coacción, sino apartar los obstáculos que dificultaran la realización de la felicidad individual.

De acuerdo con esta visión, la Ley Territorial General de los Estados Prusianos de 1794 restringe la actividad de la policía a "las medidas necesarias para mantener la paz, la seguridad y el orden público y evitar el peligro inminente para el público o los individuos" (título 17, apartado II, artículo 10).[295]

Permanecía el poder de intervención de la policía administrativa en la esfera jurídica de los particulares, pero ahora ya no como un poder absoluto ordinario (*plenitudo potestatis*) del soberano, sino como un poder extraordinario (*potestas eminens*) utilizado solamente cuando sea imprescindible para hacer frente a situaciones de una urgencia estatal.[296] En el fondo, lo que se plantea es la limitación del poder del Estado para intervenir en la propiedad y libertades privadas. Se iniciaba así el camino hacia el reconocimiento de un espacio en la sociedad libre de las intervenciones unilaterales del poder ejecutivo del Estado.

La limitación impuesta por la Ley Territorial General de los Estados Prusianos, sin embargo, no había sido efectiva justo porque todavía no se había planteado un principio de sujeción de la policía administrativa a la ley. Al Estado se le seguía admitiendo el poder de actuar siempre que el interés público lo exigiera. En 1804, Von Berg[297] escribió que la policía es "aquella parte del Poder estatal que no sólo cuida de prevenir y rechazar los peligros comunes […], sino también de fomentar la seguridad y el bienestar."

El reconocimiento expreso de la estricta vinculación de la administración a lo dispuesto en la Ley Territorial General de los Estados Prusianos tendrá que esperar casi un siglo, cuando, en 1882, el Tribunal Superior Administrativo de

---

[295] Alejando Nieto (*Algunas precisiones sobre…, cit.*, p. 53 y ss.) alerta, sin embargo, de que la restricción impuesta por la Ley Territorial General de los Estados Prusianos no ha sido observada por los reyes, que siguieron dictando medidas de policía fundamentadas en la búsqueda de la felicidad colectiva.

[296] Cfr. MÜßIG, Ulrike. *Recht und Justizhoheit: Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich.* Berlín, 2003; versión en español, *El juez legal: una comparación histórica, desde el derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia.* Madrid, Editorial Dikynson, 2014, p. 237.

[297] *Apud* NIETO, Alejandro. *Algunas precisiones sobre…, cit.,* p. 53-54.

Prusia, en la sentencia *Kreuzberg,*[298] negó a la Administración Pública una prerrogativa general de intervenir libremente en la libertad y propiedad privada en nombre del bien común, admitiendo la invasión de la esfera privada solamente cuando y en los términos autorizados por una ley.

2.4.3. La construcción de una esfera de la sociedad protegida contra las intervenciones del poder ejecutivo del Estado: asuntos de policía *versus* asuntos de justicia

La Administración Pública que se formó en los estados alemanes en la Edad Moderna no tenía autonomía, sino que era la *longa manus* que hacía cumplir la voluntad del rey el cual, gracias a su poder soberano, no se hallaba limitado por ninguna forma jurídica especial. Así, las intervenciones en la propiedad y libertad de los súbditos se daban según el arbitrio del príncipe. No tenían, además, limitación de contenido, siendo admisible la adopción de cualquier medida necesaria para la satisfacción del bienestar de la sociedad.

Por lo demás, como no existía en Alemania el reconocimiento del principio de separación de poderes, el príncipe reunía en su persona todo el poder estatal (*plenitudo potestatis*), lo que le daba la prerrogativa de dictar decisiones soberanas (*machtspruch*)[299] sobre cualquier petición formulada a los tribunales ordinarios del reino.[300] No quedaba, por consecuencia, ningún límite o protección efectiva contra el poder del príncipe.

Esta situación, sin embargo, chocaba con el reconocimiento de una esfera de libertad y propiedad natural de los súbditos, idea que, tras el largo recorrido iniciado por la Revolución Gloriosa inglesa, y que en siglo XVIII pasó

---

[298] Kreuzberg es una colina en Berlín sobre la que se ha erguido un monumento conmemorativo de la Guerra de Independencia de Prusia contra Napoleón. En 1879, la jefatura superior de policía real para Berlín promulgó un reglamento prohibiendo la construcción de edificios que obstaculizaran la vista del monumento. El tribunal consideró ilícito el reglamento debido a la ausencia de previsión legal para la intervención pretendida, que no se incluía entre las hipótesis permitidas por el título 17, apartado II, artículo 10 de la Ley Territorial General de los Estados Prusianos. Según la decisión, la limitación del derecho de propiedad solamente está autorizada cuando está prevista en ley. Cfr. IBLER, Martin. *Concepto, objeto, desarrollo…, cit.*, p. 149-150.

[299] Según Forsthoff (*Tratado de derecho…, cit.*, p. 50), el término "*machtspruch*" es utilizado por primera vez en la versión de 1791 de la Ley Territorial General de los Estados Prusianos (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), cuyo § 6 disponía: "Las resoluciones de poder y otras disposiciones de la máxima autoridad, que se han emitido en casos controvertidos sin conocimiento legal, no generan ningún derecho u obligación."

[300] Cfr. MÜßIG, Ulrike. *El juez legal…, cit.*, p. 226.

por la independencia de los Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, ya se había diseminado por toda Europa, incluso por Alemania.

Por ello, bajo la influencia del iusnaturalismo racionalista, se inicia un proceso de limitación del poder del príncipe, a través de la restricción del objeto de la policía y de la garantía de la autonomía del poder judicial para dictar decisiones jurídicas con fundamento en el derecho (*Rechtspruch*). Al contrario que en Francia, donde la limitación del Estado había venido desde fuera, del tercer estado, que había avocado para si todo el poder político, permitiéndole al Estado hacer solo lo que la representación de la nación, el parlamento, autorizara, en Alemania la limitación del Estado ha venido desde dentro, del propio gobierno, que queda como detentor del poder político, pero se autoimpone[301] algunos límites para la protección de la libertad y la propiedad de los súbditos.

La Ley Territorial General de los Estados Prusianos reconocerá el principio de que el juez juzga exclusivamente según lo prescrito en la ley, libre de la intervención directa del rey (*principio del juez legal*):

> "§. 79. La decisión de las controversias, así como la determinación de las sanciones a imponer, deben dejarse a los tribunales, según lo prescrito por la ley, a cada residente del Estado."

Posteriormente, el principio del juez legal en materias civil y penal se extenderá por los territorios alemanes, siendo reconocido por la Constitución de Baviera, de 1808; Privilegio de Nassau, de 1814; Constitución del Gran Ducado de Baden, de 1815; Constitución de Würtemberg, de 1819; Constitución del Gran Ducado de Hesse, de 1820; y la Constitución del Ducado de Coburgo-Saalfeld, de 1821.[302]

La titularidad del poder jurisdiccional se mantendrá en manos del monarca, siendo la justicia ejercida en nombre del rey, pero los tribunales adquirirán independencia para aplicar la ley en el ámbito de sus competencias, lo que ha sido proclamado expresamente por varias de las Constituciones de los

[301] Por supuesto que esta autoimposición no es solo mera benevolencia del rey, sino que es mucho más fruto de la presión de los pensadores ilustrados que veían en estas decisiones el ejercicio de un poder arbitrario, por ende, abusivo, y también de los propios jueces que, gracias al proceso de profesionalización de la función desarrollado a lo largo del siglo XVIII, llevó a la concienciación del carácter técnico de la función.
[302] Cfr. MÜßIG, Ulrike. *El juez legal…, cit.*, p. 217.

estados alemanes otorgadas en la primera mitad del siglo XIX, a ejemplo de las constituciones de Baden de 1818[303] y de Württemberg de 1819.[304]

A partir de entonces, se diferencia entre las reglas de derecho civil y criminal, que una vez dictadas son inviolables por el poder público, y las determinaciones de la policía administrativa, las *ordenanzas*, dirigidas directamente a los funcionarios y que podían ser modificadas o revocadas en cualquier momento, así como avocadas por el príncipe o las autoridades de policía jerárquicamente superiores, sin que hubiera ningún derecho de oposición. Las reglas del derecho civil y criminal (las *Justizsachen* o asuntos contenciosos) constituyen derechos subjetivos de los súbditos. Las ordenanzas administrativas, por otro lado, son meras órdenes jerárquicas dirigidas al cuerpo de funcionarios de la administración y, por ello, no generaban ningún derecho subjetivo.[305] Sólo las primeras son normas jurídicas, las segundas son meras manifestaciones de un poder político (*Polizeisachen* o *Regierungssachen*, esto es, asuntos de policía o gubernativos). Mientras los asuntos civiles ganarán la protección de un (incipiente) principio de legalidad, garantizado por una instancia judicial independiente, los asuntos de la policía quedan bajo el poder soberano del rey según el viejo principio "*in Polizeisachen gibt es keine Appellation*" (en los asuntos de la policía no hay apelación).[306]

Este recorrido llevará a la distinción central para la teoría política alemana entre asuntos de policía, poder discrecional del soberano de adoptar las medidas necesarias para la protección del orden social, expresión del dominio eminente que el soberano tiene sobre todos los bienes y personas del reino, y que por ser expresión del poder soberano del monarca no son justiciables ante los tribunales; y los asuntos de justicia, esfera de los derechos naturales de libertad y propiedad protegida por el derecho y que el príncipe tenía que respetar. Como bien resume José María Pi Suñer,[307] los asuntos de justicia

---

[303] "§ 14 Los tribunales serán independientes dentro de los límites de su competencia. Todos los juzgados de las causas civiles deben provenir de los tribunales ordinarios."

[304] "§ 93 Los tribunales, tanto civiles como penales, son independientes dentro de los límites de su oficio."

[305] Cfr. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo…, cit.*, p. 52 y ss.

[306] Cfr. FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del…, cit.*, p. 13; FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Policía y dominio… cit.*, p. 43.

[307] SUÑER, José María Pi. *La obra de ortiz de zuñiga y sus influjos*. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 1944, p. 215.

se rigen por el precepto legal, mientras que los asuntos de policía quedan al libre arbitrio del príncipe.

De esta distinción entre asuntos de policía o gubernativos y asuntos de justicia surgirá la diferenciación entre el poder ejecutivo del Estado, esfera de la política, dominio soberano del rey, ajeno a cualquier control, y la esfera de protección de la libertad y de la propiedad, protegida por el derecho, donde solamente la ley puede legítimamente intervenir.

Este dualismo será la marca indeleble del Derecho Público alemán hasta el siglo XIX. De él, resultaron otras dualidades, como la distinción entre reglamentos jurídicos, que contienen reglas de derecho, y reglamentos administrativos, que contienen meras ordenanzas internas a la Administración o a aquellos que con la Administración mantienen una relación especial de sujeción (*v.g.*, los funcionarios). También resulta de este dualismo la propia idea de una relación especial de sujeción, dónde la Administración puede ejercer un poder de imperio sin la necesidad de una autorización legal, en contraposición a la relación de sujeción general de los ciudadanos a la Administración, que no admite ninguna intervención en la esfera de la libertad y la propiedad sin previsión en ley.

2.4.4. El Acta Final de Viena: el reconocimiento del principio monárquico y del espacio protegido de la sociedad

Tras la derrota de Napoleón Bonaparte en Waterloo, la dinastía de los Bourbon fue reconducida al trono de Francia, con la coronación de Luis XVIII, quien, el 4 de junio de 1814, otorga una carta constitucional en la que proclama el principio de que la autoridad entera residía en Francia en la persona del rey. El rey reasume el poder constituyente del Estado y "*faire concession et octroi*" de una carta constitucional, según declara en su preámbulo.[308] No hubo promulgación de una constitución política por la soberanía popular, como en la Constitución francesa de 1791, sino una concesión voluntaria del rey, razón por la que se evita utilizar la palabra "constitución".

[308] Cfr. LACCHÈ, Luigi. *Le carte ottriate, La teoria dell'octroi e le esperienze costituzionali nell'Europa post-rivoluzionaria*. Giornale di storia costituzionale, n. 18, 2009, p. 230.

El principio monárquico surge en neta contraposición a los principios de la soberanía popular y a la teoría de la división de los poderes, consagrados por los revolucionarios franceses de 1789. Según el principio monárquico establecido en la carta francesa, el poder del Estado es uno e indivisible y reside en las manos del rey. "Toda justicia emana del rey" (art. 57). "El poder ejecutivo pertenece solamente el rey" (art. 13), y sólo "el rey propone las leyes" (art. 16). El pueblo solo participa de las decisiones del Estado en las materias y en la forma admitidas por el monarca. La representación estamental no comparte la soberanía con él, sino que es mera limitación de su poder.[309]

No hay reconocimiento del pueblo como unidad con capacidad de actuar políticamente. Solo el príncipe es el representante de la unidad política, reuniendo en su mano la plenitud del poder del Estado. Las limitaciones al poder real son autolimitaciones en favor no del pueblo o de la nación, ya que no se reconoce esta unidad política, sino de los estamentos sociales. En palabras de Carl Schmitt:[310]

> "Consecuencia del principio monárquico era que el rey, en virtud de la plenitud de su poder, emitía una Constitución, es decir, adoptaba la decisión política fundamental en que la Constitución consistía, por acto unilateral, como sujeto del Poder constituyente, pero sin soltar con ello este Poder constituyente. La Constitución no era, pues, un pacto, sino una Ley emitida por el rey. Todas las normas legal-constitucionales de este texto afectaban sólo a atribuciones limitadas en principio, sólo a competencias, mientras que la «plenitud del poder del Estado», ilimitada e ilimitable en principio, inseparable de la unidad política, permanecía, a pesar de la Constitución, en manos del rey, cuando no renunciaba a favor del Parlamento."

Al final de la Sexta Guerra de Coalición (1812-1814), este acuerdo entre el monarca y el parlamento se extendió a todos los países de la coalición ganadora, que incluía a Austria, Reino Unido, España, Portugal, Rusia, Prusia, Suecia y a algunos estados alemanes. El principio monárquico tuvo un

---

[309] Cfr. HEUN, Werner. *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX.* Universidad de Oviedo, Editorial fundamentos cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, n. 2, 2000.
[310] SCHMITT, Carl. *Teoría de la ... cit.*, p.73.

predominio particular en los estados alemanes que formaban parte de la Confederación Germánica, especialmente desde la obra "*Das Monarchise Prinzip*", de Friedrich Julius Stahl, publicada en 1845, que lo convertirá en la categoría fundamental de la teoría del Estado y del Derecho público alemán.

En los años 1814 y 1815 hubo una serie de reuniones entre las autoridades diplomáticas de los países europeos, conocidas con el nombre de Congreso de Viena, en las que se restablecieron las fronteras y los principios políticos de Europa. El 9 de junio de 1815, los plenipotenciarios participantes firmaron el "Acta Principal del Congreso de Viena",[311] en la que reagruparon los más de 300 estados existentes en solamente 39 estados, que se unieron en una confederación perpetua de estados soberanos denominada "Confederación Germánica",[312] presidida por la Casa de Habsburgo de Austria.

Posteriormente, en 1820, se celebró una "Acta Final de las conferencias ministeriales para completar y consolidar la organización de la Confederación Germánica". Según el documento, todos los poderes del Estado alemán en formación eran conferidos al rey como jefe de Estado.[313] Sin embargo, la fuerza adquirida por la burguesía, además de la experiencia de soberanía popular vivida en Europa en los años de expansión de las revoluciones liberales, hicieron imposible el retorno al dogma absolutista de la soberanía exclusiva del monarca.

Los monarcas tenían el desafío de conciliar su soberanía con las expectativas generadas en la sociedad tras las innovaciones políticas

---

[311] Las negociaciones del Congreso de Viena duraron desde principios de noviembre de 1814 hasta el 9 de junio de 1815. En este periodo, fueron firmados diversos tratados particulares y un tratado general, firmado por todos los plenipotenciarios, que fue el tratado celebrado el 9 de junio de 1815, denominado de "Acta Principal del Congreso de Viena". Cfr. CROUZET, Maurice. (ed.) *Histoire générale des civilisations*.1957; versión en español, *Historia general de las civilizaciones*. Barcelona, Ediciones Destino, 1958, p. 553 y ss.

[312] "Art. LIII. Los príncipes soberanos y ciudades libres de Alemania, comprendiendo para el presente fin a Sus Majestades el emperador de Austria, reyes de Prusia y Dinamarca y el de los Países Bajos; es decir, el emperador de Austria y el rey de Prusia por todas sus posesiones que antiguamente pertenecieron al imperio germánico; el rey de Dinamarca, por el ducado de Holstein; el rey de los Países Bajos, por el gran ducado de Luxemburgo; establecen entre sí una confederación perpetua con el nombre de Confederación Germánica." Cfr. CLARK, Christopher. *Germany 1815-1848: restoration or pre-march? En* BREUILLY, John (Org.). Nineteenth- Century Germany: politics, culture and society 1780-1918. London, Arnold, 2001, p. 41.

[313] "Artículo 57. Puesto que la Federación alemana, con excepción de las ciudades libres, está compuesta por reinos soberanos, todo el poder del Estado debe permanecer reunido en el Jefe del Estado, como consecuencia del concepto fundamental aquí establecido, y el soberano solo puede estar vinculado a la participación de los estamentos en el ejercicio de determinados derechos en virtud de una Constitución estatal."

provocadas por la revolución y el régimen napoleónico.[314] La solución encontrada fue el reconocimiento de las libertades públicas fundamentales reclamadas por el liberalismo decimonónico (libertad religiosa, de circulación, de manifestación de pensamiento, de reunión, entre otras). El monarca mantenía el poder político originario (principio monárquico), empero con el compromiso de que la intervención en la libertad y propiedad de los súbditos solamente sería admitida por medio de una ley dictada con la colaboración de los representantes de los estamentos.[315] A consecuencia de la falta de legitimidad democrática del poder ejecutivo del Estado, de titularidad del Monarca, se exigía que las decisiones consideradas fundamentales para los ciudadanos (esencialmente para la burguesía) obtuvieran la previa aprobación de la representación parlamentaria).[316] Así que el art. 13 del "Acta Adicional a las Constituciones del Imperio", celebrada el 22 de abril de 1815, determinó la constitución de asambleas estamentales en todos los países de la Confederación Germánica,[317] obligación reiterada en 1820 en el "Acta final de las conferencias ministeriales"[318] garantizando, así, a la representación de los estamentos el derecho a participar en la legislación del país.

Ni el Acta Principal ni tampoco el Acta Adicional del Congreso de Viena disponen sobre las hipótesis en las que se hace obligatoria la participación de los estamentos. Sin embargo, desde las primeras constituciones territoriales otorgadas en el siglo XIX, la obligatoriedad había sido destinada a los asuntos relativos a los derechos naturales de libertad y propiedad de los ciudadanos, en consonancia con la tradición del liberalismo germánico de separación entre los asuntos del bienestar de la colectividad, esfera de actuación del poder ejecutivo del Estado, y la libertad y propiedad privada, esfera protegida de la sociedad. Ese concepto de ley encontró su formulación paradigmática en la Constitución de Baviera de 1818: "Sin la consulta y consentimiento de los estamentos del reino no podrá aprobarse ninguna ley general nueva que afecte a la libertad de

[314] Cfr. PRUTSCH, Markus J. *The Legal 'Model' of the Charte Constitutionnelle and the 1818 Baden Constitution.* Crossing Legal Cultures. München, 2009, p. 383.
[315] Cfr. POLAKIEWICZ, Jörg. *El proceso histórico…, cit.*, p. 24.
[316] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho… Volumen I, cit.*, p. 190.
[317] "Art. 13. Habrá Asambleas de los Estados generales en todos los países de la Confederación."
[318] "54. Debiendo haber asambleas de Estados en todos los países la Confederación, conforme al artículo 13 del acta federal, y a las declaraciones hechas posteriormente sobre esta materia, la Dieta velará sobre la observancia de este pacto en todos y cada uno de los Estados confederados."

la persona o a la propiedad de los ciudadanos, ni modificarse ley preexistente alguna, interpretarla auténticamente o derogarla". La fórmula aparece por primera vez en la Constitución de Baviera de 1808 que, sin embargo, no llegó a tener vigencia. Posteriormente, fue extendida a otras constituciones estamentales, como la Constitución del Ducado de Nassau de 1814, Constitución del Gran Ducado de Baden de 1818, Constitución de Baviera de 1818, Constitución de Sajonia-Meiningen de 1829, Constitución de Sajonia-Altenburg de 1831, entre otras.[319]

En todas estas Constituciones, ha sido proclamada la soberanía del rey. Así, en la Constitución del reino de Baviera, que declaraba que "El Rey reúne todos los derechos del Poder Soberano" (título II, 1º); la Constitución del Reino de Sajonia, según la cual el rey "ejerce todos los derechos del Poder Soberano" (art. 6º); o la Constitución del Reino de Wurtemberg, que declaraba que el rey "reúne todos los derechos de la soberanía" (art. 4º).[320] Ante el poder originario del rey, la colaboración de los estamentos en la legislación solo es exigida en aquellas materias expresamente sometidas a esta reserva de ley; en los demás asuntos el rey retiene en sus manos un poder normativo ilimitado.[321] Al contrario que en Francia, la legitimidad de la acción del poder ejecutivo no advenía de la ley, sino de la tradición histórica, que identificaba al rey como "el intérprete natural de la totalidad del organismo social y político".[322] La Ley era solo un límite externo a estos derechos. En palabras de Angel Garrorena Morales:[323]

> "la Corona, autónoma en su legitimidad, preexiste como principio agente a cualquier habilitación legal y, en consecuencia, es posible reivindicar para ella – y de rechazo para su Ejecutivo – un ámbito propio y primario de competencias derivadas no ya de la ley, sino antes bien de su inmediación soberana con la función de gobernar. La Dieta o Parlamento se inserta, en cambio, en el esquema – lo cual es coherente en un régimen montado sobre la concurrencia de voluntades como técnica de limitación de

[319] Cfr. JESCH, Dietrich. *Ley y Administración…, cit.*, p. 158-159; STARCK, Christian. *El concepto de…, cit.* p. 120.
[320] DE CARVALHO NETTO, Menelick. *A sanção no..., cit.*, p. 158.
[321] Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema… cit.*, p. 168 y ss.
[322] FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*. Milano, Giuffrè,1979, p. 232.
[323] Cfr. MORALES, Ángel Garrorena. *El lugar de la ley en la Constitución española***.** Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 27.

> poder - como un “posterior”, es decir, como un “límite” o “frontera” colocado a la acción de la Corona en aquellas materias taxativamente identificadas por su alta transcendencia para los ciudadanos y en las cuales es lógico que la voluntad interventora no sea la del Gobierno, sino la de la representación social: libertad y propiedad (Freiheit und Eigentum) constituyen – en la tradición germánica de los siglos XIX y XX conforme a una comprensión burguesa del problema que hunde sus raíces en Locke – ese ámbito material que se desea ver parlamentariamente garantizado.”

No se trataba, como en la Constitución francesa de 1791, de una división de los poderes, que desde luego no existía en las monarquías de la Restauración, sino en la exigencia de que el poder político del rey fuera ejercido de forma compartida con el Parlamento en asuntos que afectaran a la libertad y la propiedad privada. El rey tenía un poder de hecho, heredado por derecho divino o hereditario. A la sociedad, sin embargo, se le imponía un límite, la sumisión a las leyes parlamentarias que regulaban la libertad y la propiedad privada. El Parlamento y, su producto, la ley, son instituidos como técnicas de limitación de este poder originario del rey en el ámbito material propio de la sociedad. Al poder político del rey se le imponía el límite jurídico de la ley, de manera que, según el principio monárquico de las monarquías limitadas del siglo XIX, destaca Dietrich Jesch,[324] “sólo el terreno conquistado por la sociedad estaba iluminado por el Derecho; por lo demás, imperaba el “no-Derecho” del absolutismo.”

2.4.5. La reserva de ley: separación entre ley formal y material en Paul Laband

El arreglo de las fuerzas políticas definido en el Congreso de Viena ha sido la composición entre dos mundos aparentemente irreconciliables: el mundo del antiguo régimen de las monarquías absolutistas y el nuevo mundo de la soberanía popular y de los derechos naturales de libertad y propiedad. No hubo, en plenitud, ni el reconocimiento de un poder absoluto al rey ni al pueblo, sino

[324] JESCH, Dietrich. *Ley y Administración…, cit.,* p. 113.

más bien, como resalta Joaquín Abellán García,[325] una reforma liberal del absolutismo monárquico.

El proyecto de Sieyès, Robespierre, Mirabeau y Lafayette había sido derrotado, pero su filosofía liberal permanecía presente. Tras la Revolución Francesa, Europa había cruzado una frontera a la que no era ya posible volver. Ante el antagonismo entre la monarquía y la democracia, la solución encontrada por los alemanes fue el mantenimiento del poder originario en manos del rey, pero limitado por la necesidad de una ley elaborada con la participación de los estamentos para la adopción de cualquier medida de intervención en la libertad y propiedad privada, lo que era consonante con la tradición alemana de separación entre los espacios de lo político, del poder de la policía, y de lo jurídico, el espacio privado protegido contra las intervenciones del Estado.

Sin embargo, desde el punto de vista técnico, la solución desbordaba los fundamentos de la teoría política, lo que causó dificultades en la concretización práctica de los postulados establecidos en el Congreso de Viena.

Las dificultades empezaban ya en la justificación misma del poder político originario del rey. A partir de la superación del modelo de constitución mixta de la Edad Media y afirmación de los Estado nacionales modernos, la soberanía del príncipe se expresaba especialmente a través del poder de promulgar leyes que obligaran a todos, sin la necesidad de ningún consentimiento, de acuerdo con la clásica lección de Bodin.[326] Además, en el pensamiento del iusnaturalismo racionalista expresado por autores como Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, el poder político surge legítimamente del libre acuerdo de todos los miembros de la sociedad.

Ante todo, había que responder a las siguientes preguntas: ¿Cómo proteger los derechos naturales de libertad y propiedad si el poder político no ha sido fruto de un contrato social establecido por todos los miembros de la sociedad? Además, ¿cómo justificar un poder soberano que no tuviera el ejercicio de la totalidad del poder y, por ello, necesitara de la participación de los estamentos para dictar leyes?

---

[325] GARCÍA, Joaquín Abellán. *Liberalismo alemán del…, cit.*, p. 124.

[326] BODIN, Jean. *Los seis libros… cit.*, p. 71. Sobre la forma como concepto de soberanía ha sido el responsable por justificar la superación de la forma de organización medieval del poder y la consolidación de los Estados nacionales moderno, Cfr. MATTEUCCI, Nicola. *Lo Stato moderno…, cit.*, p. 81 y ss.

Desde la solución del Acta Final del Congreso de Viena, que veía en el rey todo el poder del Estado, no se pudo, por supuesto, trasladar al derecho público alemán, ni teórica ni prácticamente, la teoría francesa de la soberanía constitucional del pueblo ("*pouvoir constituant*").[327] Por otro lado, la exigencia de "participación de los estamentos en el ejercicio de determinados derechos en virtud de una Constitución estatal", establecida en el Acta, no se coadunaba tampoco con la teoría del absolutismo monárquico. La solución, extremamente precaria desde el punto de vista teórico, fue reconocer al rey la titularidad exclusiva del poder político del Estado, pero no su ejercicio. Se adoptó la distinción entre poder constituyente y poder constituido, formulada por Sieyès,[328] pero que no había tenido acogida en la Constitución revolucionaria francesa ya que la soberanía de la nación se ejercía por el poder constituido de la Asamblea Nacional. En los Estados alemanes, la soberanía correspondía al rey, pero desde la otorgación de la constitución estatal que garantiza la participación de los estamentos en el ejercicio de "determinados derechos", el poder del rey no es más absoluto, sino mera "expresión de la más alta posición en el Estado",[329] que solo puede ser contenida en las situaciones y de la forma prevista en la constitución.

La posición de la ley en la dogmática alemana quedaba, por ello, bastante indefinida, ya que no correspondía ni a las teorías del absolutismo, que reconocían el poder absoluto del rey para dictar normas vinculantes bajo cualquier forma y sin la necesidad del consentimiento de terceros, ni tampoco a

---

[327] WYDUCKEL, Dieter. *La soberanía en…, cit.*, p. 226.

[328] "Pero que se nos diga según qué puntos de vista, según qué interés se habría podido dar una constitución a la nación misma. Ella existe ante todo y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella, por encima de ella, no hay nada más que el derecho natural. Si nosotros queremos formarnos unas ideas justas de la serie de leyes positivas que no pueden emanar más que de su voluntad, veremos, en primer lugar, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan llegar a ser independientemente de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y obran gracias a ellas no pueden tocarlas ni violarlas. En cada una de sus partes la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede alterar nada de las condiciones de la delegación. En este sentido, las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, o sea las que establecen la legislatura, son fundadas por la voluntad nacional con anterioridad a toda constitución; forman el primer peldaño de ella. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial. Así, todas las partes del gobierno se corresponden y dependen, en un último análisis, de la nación." (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el…, cit.*, p. 108-109).

[329] WYDUCKEL, Dieter. *La soberanía en…, cit.*, p. 225.

los preceptos jurídicos de la Ilustración, basados en la idea de Kant[330] de ley como autodeterminación del pueblo, expresión misma de la soberanía popular.

La justificación teórica de la fórmula de legalidad alemana del siglo XIX le tocó sobre todo a Paul Laband y tiene su origen en el rechazo de los presupuestos presentados al Parlamento prusiano por el Canciller Bismarck en el año 1862.

En 1860, el rey Guillermo I presentó ante el parlamento prusiano, el *Landtag*, un proyecto de ley para la reorganización y ampliación del Ejército. Debido a la resistencia de los liberales, que temían el fortalecimiento del poder militar del monarca, el proyecto no fue aprobado, lo que llevó al Gobierno a retirarlo antes de que el pleno del parlamento pudiera votarlo. Al mismo tiempo, el Gobierno presentó un presupuesto suplementario de 9 millones de táleros, que serían utilizados justamente para la expansión del Ejército. El *Landtag*, sin embargo, se negó a aprobar los créditos extras.[331] A pesar del rechazo de la ley presupuestaria, el gobierno llevó a cabo las reformas pretendidas, bajo el fundamento de que la organización de las fuerzas armadas era materia de naturaleza administrativa y, por ello, estaría incluida en la esfera del poder privativo del rey según la fórmula del principio monárquico.

En 1862, ante el nuevo rechazo del *Landtag* para aprobar el presupuesto, el rey disuelve el parlamento y nombra un nuevo Gobierno, liderado por Otto von Bismarck. El recién nombrado Canciller defiende que, ante la laguna de la Constitución, que no preveía ningún criterio para la solución del conflicto entre la corona y el parlamento, debería prevalecer el poder político originario del rey, ya que el Estado no podía dejar de funcionar.[332] El Estado existe como un sujeto autónomo dotado de imperio, que solo posteriormente, con la otorgación de una constitución, se autolimita a través de normas jurídicas; por ello, cuando se sobrepasa la limitación del Estado prevista en la Constitución, queda el Estado en su estado de fuerza pura ("*Macht*").[333] En esta situación,

---

[330] KANMT, Immanuel. *La metafísica de…, cit.,* 2005, p. 143.
[331] Cfr. ORFANEL, Germán Gómez. *Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt***.** Revista de estudios políticos, 2004, n. 123, p. 259 y ss.
[332] Cfr. GARCÍA, Joaquín Abellán. *El concepto sociológico de constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle.* Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, 2010, n. 6, p. 415.
[333] FIORAVANTI, Maurizio. *Giuristi e costituzione..., cit.*, p. 237.

reconoció Anschütz,[334] "no hay aquí ya tanto una laguna en la ley (es decir, en el texto constitucional) como una *laguna en el Derecho*, que no puede llenarse por medio de ninguna especie de operaciones conceptuales de la ciencia jurídica." Se trata de un hecho meramente político, que no pertenece al mundo del derecho.

La pugna entre gobierno y parlamento termina con la victoria del gobierno. El 3 de septiembre de 1866, el parlamento aprueba una resolución de "indemnidad", con la que convalida los gastos que el Gobierno había hecho desde 1862 sin una ley de presupuesto que le autorizara.

El conflicto respecto a la ley presupuestaria prusiana, sin embargo, había creado un embrollo jurídico que quedaba sin solución. La Constitución prusiana de 1850, influenciada por los movimientos revolucionarios de 1848-1849, había adoptado un modelo más cerca de las monarquías parlamentarias, no delimitando la actuación del parlamento a los asuntos respecto al binomio libertad-propiedad,[335] sino que compartía el poder legislativo entre el rey y el parlamento, exigiendo el acuerdo de las dos Cámaras[336] para la promulgación de cualquier ley:

> "Art.62.- El poder legislativo reside en el Rey con las dos Cámaras, cuyo acuerdo es necesario para la promulgación de una ley.
>
> Las leyes sobre presupuestos serán presentadas primero a la segunda Cámara, y aprobadas o rechazadas por completo y sin enmiendas en la primera."

En el art. 99, además, dejó claro que la fijación de los presupuestos gubernamentales era materia reservada a la ley:

---

[334] *Apud* SCHMITT, Carl. *Teoría de la ... cit.*, p. 318.

[335] Según Carl Schmitt (*Teoría de la ... cit.*, p. 156), el art. 62 de la Constitución prusiana de 1850 daba por presupuesto un concepto material de ley como norma que regula la invasión de la libertad y de la propiedad, conforme la tradición constitucional alemana. Sin embargo, no hay elemento alguno en la Constitución prusiana que lleve a esta conclusión. Al contrario, hay disposiciones que determinan la reserva de ley para materias que no afectan directamente a la libertad y propiedad privada, a ejemplo del propio art. 62, que determina que los presupuestos serán aprobados por una ley, o el art. 140, que determina que las atribuciones del Tribunal de Cuentas serán determinadas por ley.

[336] La Constitución de 1850 adoptó el sistema bicameral en el parlamento prusiano. La primera Cámara, considerada la cámara alta, se denominaba Cámara de Señores de Prusia (*Preußisches Herrenhaus*), y estaba compuesta por "individuos nombrados por el Rey con derecho hereditario o vitalicio." (art. 68). La segunda, la cámara baja, se denominaba Cámara de Representantes (*Preußisches Abgeordnetenhaus*) y estaba compuesta por trescientos cincuenta y dos diputados electos (art. 69).

> "Art. 99. Los ingresos y gastos se fijarán de antemano anualmente, incluyéndose en el presupuesto, el cual será determinado por una ley que se votará todos los años."

Sin embargo, no había ninguna disposición normativa para el caso de que no se llegara a producirse el acuerdo entre el Rey y las Cámaras sobre los presupuestos del Estado. Además, no había un reconocimiento expreso del principio monárquico, lo que impedía que se declarara, sin más, al rey como titular de todo el poder del Estado. Así, en la literalidad de los preceptos de la Constitución de Prusia, la falta de aprobación de la ley de presupuestos impediría la reforma del Ejército. No había, de esta forma, fundamento jurídico en la Constitución para la prevalencia del gobierno en el conflicto con el *Landtag*.

En su obra "*Das Budgetrecht: Nach Den Bestimmungen Der Preussischen Verfassungs-Urkunde Unter Berucksichtigung Der Verfassung Des Norddeutschen Bundes*" escrita en 1871, Paul Laband intenta presentar esta justificación. Según el autor,[337] cuando determina que "el acuerdo del Rey y de la Cámaras es indispensable para toda ley", la Constitución prusiana utiliza el concepto material de ley, norma que contenga una regla de derecho (*Rechtssatz*), es decir, una regulación externa, de la conducta ajena, una "norma para regular o resolver relaciones jurídicas."[338] Basado en este concepto de regla de derecho, Laband defendió que la ley presupuestaria, así como las demás normas de organización del Estado, no tendría carácter (material) de norma jurídica. La ley presupuestaria seria mera norma de organización de los gastos e ingresos del gobierno previstos por un determinado período de tiempo.

Para Laband, el error de la teoría de la separación de poderes era identificar legislación y administración como órganos del Estado y no como

---

[337] LABAND, Paul. *Das Budgetrecht: Nach Den Bestimmungen Der Preussischen Verfassungs-Urkunde Unter Berucksichtigung Der Verfassung Des Norddeutschen Bundes*. 1871; versión en español, *Derecho presupuestario*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 21.

[338] La concepción de "regla de derecho" para Laband refleja, así, el concepto de derecho de Kant (*La metafísica de…, cit.*, p. 38): "el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad". En palabras de Laband (*Derecho presupuestario…, cit.*, p. 29): "La palabra ley es muchísimo más antigua que la forma constitucional del Estado y ha sido objeto, especialmente en Alemania, de un uso y concepción generales antes de que se pensara en una limitación del soberano por parte de una corporación parlamentaria. Por eso la ley no tenía absolutamente ninguna clase de relación con los derechos de la representación del pueblo, significando únicamente la declaración de un principio jurídico, la fijación querida y consciente de una norma. En consecuencia, no es ley toda manifestación de la voluntad estatal, sino solamente aquella cuyo contenido sea un precepto jurídico, una norma para regular o resolver relaciones jurídicas."

meras actuaciones que pueden ser ejercidas por órganos distintos y de diversas formas. Así que no todas las normas promulgadas por el acuerdo entre rey y Cámaras eran leyes en sentido material, sino solamente aquellas cuyo contenido fuera una regla de derecho.

El concepto de ley en sentido material no ha sido unívoco en la doctrina alemana, pero, en términos generales, se ha considerado ley material "aquella que establece límites para la libertad y la propiedad privada".[339]

Paul Laband, al igual que Georg Jellinek, se ayuda del término "regla de derecho" (o "proposición jurídica") para conceptuar la ley material. Pero, siendo la regla de derecho la proposición jurídica con una finalidad de delimitar la esfera de la libre actividad de las personas recíprocamente entre sí, su objeto solo recoge la esfera de la libertad y propiedad individuales. Gerhard Anschütz, a su vez, ha sido más preciso, al definir ley material como el acto normativo que "traza los límites a la libertad personal en general y a la propiedad en especial."[340]

El modelo de legalidad administrativa de la monarquía prusiana del siglo XIX, por lo tanto, estaba estructurado de la siguiente forma: el rey tenía el poder político, así que podría actuar libremente en los asuntos relativos al Estado, pero las intervenciones sobre la libertad y la propiedad individuales estaban protegidas bajo la exigencia (reserva) de ley, promulgada mediante el acuerdo entre el gobierno y las dos Cámaras. De esta manera, al contrario que el modelo francés de la Constitución revolucionaria de 1791 en el que la Administración solo podía actuar en las hipótesis y de la forma autorizada expresamente por una ley, el modelo alemán concedía a la Administración un poder originario para actuar en todas las materias, excepto en aquellas constitucionalmente reservadas a la ley.

En palabras de Otto Mayer:[341]

> "La ley da a la justicia el fundamento indispensable de su actividad; no hay sentencia sino sobre la base de una regla de derecho; nulla poena sine lege. A la administración, en cambio, no es posible mantenerla en una dependencia tan completa. En consecuencia, solo para ciertos objetos particularmente

[339] BEREIJO, Alvaro Rodríguez. *Orçamento–III*. Revista de Direito Público, 1990, vol. 24, n. 96, p. 14.
[340] *Apud* JESCH, Dietrich. *Ley y Administración…, cit.*, p. 17.
[341] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo … cit.,* p. 97-98.

> importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del ejecutivo – existente para esos objetos especialmente señalados –, la reserva de la ley."

Al contrario que en el sistema francés, que reconocía al Parlamento la prerrogativa de actuación en cualquier ámbito, sin límites y, por ello, concebía la total sumisión del Poder Ejecutivo al Parlamento, el sistema alemán de la monarquía del siglo XIX reconocía al Parlamento la prerrogativa de actuación en un ámbito delimitado, por lo que la Administración quedaba sometida a la ley solamente en este ámbito de actuación del Parlamento. El sistema alemán, por ende, no queda en un principio general de legalidad, sino en limitaciones específicas al principio general de total libertad de actuación del gobierno.

2.4.6. La contradicción entre la legalidad dualista germánica y los supuestos en los que se basa el Estado de Derecho

La idea de una administración libre para actuar en los espacios no limitados por la ley tiene su fin definitivo en 1882, cuando el Tribunal Superior Administrativo de Prusia, en la sentencia *Kreuzberg,* citada anteriormente, negó a la Administración Pública el poder de intervenir libremente en la libertad y propiedad privada en nombre de una prerrogativa general (*imperium*) de actuar en los asuntos de interés de la colectividad. Según el tribunal, la actuación de la Administración Pública, con arreglo al Estado de Derecho, solo es válida cuando y en los términos autorizados por la ley.[342]

El principio de soberanía popular, presupuesto básico de la democracia, es irreconciliable con la existencia de espacios de poder político inmunes al control. Ya en las primeras décadas del siglo XX, la división de la actuación estatal en actos jurídicos, expresión de la voluntad popular emanada del Parlamento, y actos políticos, expresión del poder ejecutivo del Estado y ajenos al control jurídico, desaparecerá para siempre y dará lugar a la idea de que todo

[342] Cfr. STARCK, Christian. *El concepto de ley… cit.*, p. 384.

Estado es por definición un “Estado de Derecho” (*Rechtstaat*), puesto que la acción del Estado siempre se da bajo la forma jurídica. Esto es lo que diferencia al Estado de las demás formas de dominación: la forma jurídica.

No hay un espacio protegido de la sociedad junto a un espacio en el que la actuación del Estado sea libre. Toda y cualquier manifestación de poder está protegida por el Derecho, puesto que encuentra su fundamento ultimo siempre en la voluntad de la colectividad, expresada por medio de un sistema de normas jurídicas obligatorias y vinculantes.

Debido a esta fragilidad, aún en el siglo XIX, se recuperó la idea del Estado de Derecho, sometimiento total del poder político a la ley, eliminando cualquier margen de arbitrariedad (espacio político no sometido al control del Derecho) en el ámbito de actuación estatal. Se propone una inversión del llamado Estado policial (*Polizeistaat*), un Estado en el que el poder es el fundamento de validez de la ley (*rex facit legem*), por el Estado de derecho (*Rechtsstaat*), donde la ley es el fundamento de validez del poder (*lex facit regem*).

Desde el momento en que se reconoce la igual dignidad de todos los hombres y mujeres, ya no es posible admitir potestades de imperio innatas o exentas de control. Cualquier expresión de poder político, en especial la acción del Estado, solamente será legítima cuando esté autorizada por toda la colectividad según la forma prevista. En las democracias, todo poder emana del pueblo, así que la atribución de cualquier potestad al Estado debe llegar directa o indirectamente de la voluntad popular, a través de los medios legítimos para la manifestación de esa voluntad. El Derecho, positivado en la Constitución y las leyes, no es una mera limitación del poder del gobierno, como supuso el principio monárquico proclamado en el siglo XIX, sino que es la propia fuente de su poder.

3. LAS TRANSFORMACIONES DEL SIGLO XX

3.1. Introducción

El modelo de legalidad basado en la supremacía de la ley ya sea en su vertiente francesa de omnipotencia de la ley, única fuente legítima de derechos y obligaciones, o en su vertiente alemana, de fuente reservada a regular las

relaciones entre el Estado y los ciudadanos que interfieran en la propiedad y libertad privada, se mostró absolutamente insuficiente en la nueva conformación sociopolítica advenida en el siglo XX.

La supremacía de la ley, en los términos planteados en el primer constitucionalismo que se desarrolló a partir de fines del siglo XVIII, solo era viable en un sistema político oligárquico, en que la ley era la expresión de la voluntad política de la burguesía, un grupo con intereses sustancialmente homogéneos. Como muy bien observa Balaguer Callejón,[343] mientras se mantuvieron los demás grupos sociales alejados del juego político, "la racionalidad podía expresarse (siquiera como ficción teórica) a través de una ley unitaria, acatada por todos y fielmente aplicada, manifestación única de la soberanía del pueblo".

Con la apertura del proceso político a la participación de los diversos grupos sociales y la distribución territorial del poder político en los Estados federativos y autonómicos, hubo una multiplicación de fuentes legítimas de producción del Derecho, haciendo, de esta manera, imposible que el orden jurídico permaneciera estructurado exclusivamente bajo el criterio jerárquico.

Hasta mediados del siglo XIX, gracias al voto censitario, el poder legislativo quedó casi exclusivamente en manos de la burguesía, lo que hizo que las eventuales demandas de las clases populares no tuvieran éxito en el parlamento. Pero, desde el momento en que se abre la participación política a los demás grupos sociales, la homogeneidad social del constitucionalismo del siglo XIX se rompe y con ello se rompe también la homogeneidad de la razón y de la voluntad expresada en la ley, que se muestra insuficiente para garantizar el acuerdo de convivencia armónico entre los diversos grupos sociales en pugna.

Como consecuencia del pluralismo político, ha sido necesario un profundo cambio en la estructura jerárquica del ordenamiento. La ley pierde su supremacía y cede espacio a la Constitución, que se ubica a partir de entonces en la cúspide del sistema de normas. La apertura del sistema político a los diversos grupos y a los poderes políticos regionales llevará a la pluralidad de ordenamientos y diversidad de tipos legales, mientras que la Constitución se convierte en el factor de garantía y unidad del sistema, por lo que el poder político

[343] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I. …, cit.*, p. 22.

de la mayoría expresado en la ley queda limitado por los contenidos esenciales y las formas definidas en la Constitución.[345]

A las Constituciones, incluso a sus declaraciones de derechos, se les reconoce fuerza normativa directa e inmediata sobre las relaciones sociales, lo que cambió profundamente el sistema de fuentes jurídicas. Concomitantemente, se elaboró un procedimiento diferenciado para la protección de las normas de rango constitucional, cuya protección, salvo algunas pocas excepciones, fue encargada al poder judicial, más específicamente, a una Corte Constitucional especialmente creada para la defensa de las normas constitucionales.

Por otro lado, a los derechos y garantías fundamentales proclamados en las Constituciones del siglo XIX, de naturaleza civil y política, se les añadieron una segunda generación de derechos, de naturaleza económica y social. El Estado, considerado en el siglo XIX como mero garantizador de la libertad e igualdad (formal), se convierte en un Estado proveedor de mejores condiciones de vida, lo que provocará un enorme cambio en la forma de actuar del Estado.

Todos estos cambios han sido acompañados de una amplia reformulación de la dogmática del Estado y de la ley, lo cual es fundamental comprender para que se pueda definir lo que significa la vinculación de la Administración a la ley en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Pese a que muchas de las premisas ideológicas que estaban en la base del constitucionalismo del siglo XIX siguen todavía aplicables, los cambios sociales que surgieron en el siglo XX resultaron en importantes transformaciones en la configuración del principio de legalidad administrativa. En los próximos apartados se analizarán estos cambios y sus efectos en la vinculación de la Administración a la ley.

3.2. La democracia y el pluralismo político

El artículo 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclama: “El principio de toda Soberanía reside

[345] Sobre los diversos cambios que se han producidos en la estructura de los Estados nacionales a partir de fines del siglo XIX, Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…Volumen I, cit.*, p. 115 y ss.

esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella".

Según pregonaban los pensadores ilustrados, todos son naturalmente iguales, nadie está naturalmente por encima de nadie. Por ello, en el contrato social cada uno entrega al Estado la misma parcela de poder y recibe, en contrapartida, igual carga de derechos y obligaciones. Es lo que afirma el art. 1º de la Declaración de los Derechos de 1789: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos". Se define ahí la titularidad del poder político (la soberanía) y la finalidad de su ejercicio: el poder es ejercido por todos y en provecho de todos.

Pero, cuando se hace la pregunta "¿Quién manda aquí?", hecha por Erich Fried, en el poema "En la capital",[346] la respuesta ya es otra: el poder lo ejercía la burguesía urbana.

Pese a las declaraciones formales de la igualdad entre los hombres, los derechos políticos no han sido concedidos a todos indistintamente. En general, solo a los hombres propietarios se les reconocía la condición de electores y elegibles a los cargos de representación política. Tras eliminar los privilegios políticos de la aristocracia, la burguesía crea los suyos. Como destacó Maurice Duverger:[347] "La burguesía, que utilizaba las elecciones para quitar el poder a la aristocracia, no quería que a ella le fuese arrebatado de idéntica manera."

La igualdad liberal es, de esta manera, la igualdad civil, no política. Los liberales del siglo XIX temían a la democracia plena, a la cual consideraban tan destructiva como el absolutismo de los monarcas. Ellos lucharon por un parlamento que supuestamente "reflejara los intereses de todo el pueblo", pero consideraban que los pobres y los incultos no sabían cuáles eran sus propios

---

[346] "¿Quién manda aquí?"
pregunté
Me dijeron:
"El pueblo naturalmente"
Dije yo:
"Naturalmente el pueblo
pero, ¿quién
manda realmente?"

[347] DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris, 1960; versión en español, *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1980, p. 72.

intereses y por eso deberían estar “representados por los miembros ilustrados, más cultos y prósperos, de la sociedad”.[348]

Esta nueva clase social ascendente necesitaba de un instrumento jurídico que, al mismo tiempo que le concediera el poder de sobreponerse a los privilegios y deberes feudales, no permitiera su utilización para la creación de nuevos privilegios. Este instrumento fue la ley que, gracias al sistema electoral, garantizaba a los burgueses el control político para emprender las reformas reivindicadas.

Bajo la justificación de que expresaba la voluntad y se dirigía a la satisfacción de los intereses de toda la sociedad, la ley parlamentaria adquiere una fuerza (*fuerza de* ley) que le convierte en la fuente suprema del orden jurídico, la única capaz de imponer derechos y obligaciones. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, la ley no era, en realidad, ni la manifestación de la voluntad ni tampoco se dirigía hacia la satisfacción de los intereses de todos. El sufragio censitario hacía que la ley fuera elaborada esencialmente por miembros de la burguesía elegidos por electores también burgueses. Era el gobierno del burgués, para el burgués y solo con el burgués. Así, el monopolio de la ley en la creación del derecho se convierte en “expresión de dominio político de los grupos sociales que habían promovido las revoluciones constitucionales y que controlaban los procesos políticos mediante el sufragio censitario”, como muy bien denunció Balaguer Callejón.[349]

Por ello, cuando los revolucionarios hablan de voluntad general no hablan de la manifestación de toda la población sino de lo que ellos mismos consideraban la decisión que reflejaba la decisión racional.

El sufragio universal, sin embargo, echará por tierra la idea de la ley como expresión de la voluntad general. Desde el momento en que se abre la participación de todos los grupos sociales en su elaboración, la ley deja de ser el producto de la manifestación de una razón y una voluntad universalmente válida y pasa a ser la expresión del interés que se ha circunstancialmente

---

[348] Cfr. GRENVILLE, John Ashley Soames. *Europe reshaped, 1848-1878.* 1976; versión en español, *La Europa remodelada: 1848-1878.* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1991, p. 5. Idea que, desde luego, no tenía originalidad, ya que es la propia definición de la aristocracia: el gobierno (*Kratos*) de los mejores (*aristos*).

[349] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*. México D.F, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 53.

impuesto ante los demás. Así, los conflictos políticos se trasladaron al ámbito jurídico, evidenciando desde entonces la diversidad y complejidad de la sociedad, formada por personas de los más diversos matices religiosos, culturales, sociales y políticos. El pueblo soberano de las democracias ya no es un cuerpo unitario y armónico como la nación soberana de los sistemas políticos liberales del siglo XIX. Al contrario, el pueblo es la unión de personas y grupos con intereses diversos y antagónicos pero que deciden convivir pacíficamente.

Según el jurista y politólogo alemán Herman Heller, uno de los primeros y más influyentes teóricos en reconocer esta nueva realidad, el parlamento mantiene su posición de órgano representativo de la democracia, pero ya no como fuente de expresión de una inexistente voluntad general sino, más bien, como el medio adecuado para adoptar decisiones políticas legítimas en sociedades plurales.[353]

Para Heller,[354] "el Estado no es una unidad de fin en el sentido de que sus miembros persigan en él y con él los mismos fines". Por ello, reprocha el universalismo abstracto del Estado liberal y todas las teorías que abogan la existencia de una voluntad política unitaria. Su crítica, por tanto, choca frontalmente con el concepto de voluntad general presentado por Rousseau.

En su obra "Teoría del Estado", publicada en 1934, rechaza la idea de que el Estado se constituye a través de un acuerdo voluntario entre los individuos de una sociedad. La constitución del Estado y, por consecuencia, su función, resultaría de un determinado nivel de organización social, caracterizado por el "asentamiento en un determinado lugar geográfico, limitado por la vecindad de otros pueblos" y por el "alto grado de división del trabajo social" y por "cierta permanencia y densidad de las relaciones de intercambio e interdependencia", que hace que sea necesaria "una organización territorial permanente y unitaria esencialmente referida a la demarcación espacial".[355] La función del Estado, por lo tanto, es garantizar "la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad

[353] MARTÍN, Sebastián. *Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del 'soziale Rechtsstaat'. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933).* Res Publica. Revista de Filosofía Política, 2011, vol. 25, p. 156 y ss.
[354] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*…, *cit.*., p. 183.
[355] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*…, *cit.*., p. 185.

histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica".[356]

Estos cambios llevarán a la reconstrucción del sistema constitucional sobre bases parcialmente diferentes a las del Estado liberal del siglo XIX.[357]

Antes de todo, la ley ya no se presenta como la manifestación de la soberanía, puesto que le falta la unidad necesaria que caracteriza el poder soberano. Hay, de esta manera, un descenso de la ley, que pierde el atributo de expresión de la soberanía, convirtiéndose en manifestación de voluntad que circunstancialmente ha prevalecido en la pugna entre los diversos intereses presentes en la sociedad. Consecuentemente, la ley ya no puede expresar un poder absoluto, sin límites, sino que se somete a la distribución del poder político establecida en la Constitución.

Además, cuando se permite la participación de toda una multitud de intereses diversificados y cambiantes en la elaboración de la ley, por supuesto que la propia ley dejará de ser el estatuto unificado y armónico del sujeto de derechos universal de los códigos del siglo XIX.

A partir de estos supuestos sociales, el pueblo, verdadero titular del poder político, ya no es más considerado como una unidad que expresa una voluntad también unitaria (la voluntad general), sino como "pluralidad de intereses y valores".[358]

De esta manera, hay un vuelco epistemológico importante, expresado en "la quiebra de la razón configurada desde la Ilustración, de su abstracción, generalidad y objetividad y su sustitución por lo concreto, lo empírico y lo subjetivo",[359] lo que cambiará la comprensión de la ley, ya no considerada como expresión de una razón universal, sino como compromiso posible entre la totalidad de los intereses sociales en conflicto.

Como consecuencia de todas estas transformaciones, el proceso legislativo parlamentario se convierte en el escenario donde los diversos actores políticos tendrán la oportunidad de exponer y luchar por la prevalencia de sus

---

[356] HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*…, *cit.*., p. 186.
[357] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Reserva de lei e potestade regulamentadora na Constituição normativa.* Direito Público, v. 10, n. 50, 2013, p. 187.
[358] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II. ordenamiento general del estado y ordenamientos autonómicos.* Tecnos, 1992, p. 30.
[359] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto…, cit.*, p. 74.

intereses. Por ello, la ley deja de ser la expresión de la voluntad general de la nación, pero se convierte en la fuente de garantía de pluralismo social. En los Estados democráticos contemporáneos, enfatiza Balaguer Callejón,[360] la ley parlamentaria es uno de los instrumentos jurídicos sobre los cuales se sostiene la democracia, pero no por su contenido, que es cambiante y dependiente de la composición circunstancial de las fuerzas políticas, sino por su proceso de elaboración, que posibilita la efectiva participación de todas las fuerzas políticas:

> "En la ley como fuente del Derecho se agrupan un conjunto de garantías constitucionales. Esas garantías formales expresan el concepto constitucional de ley (o mejor, del rango legal conferido a las normas): reglas en las que el poder legislativo participa directamente, haciendo posible así el control de las minorías, y en su caso, la transacción y el compromiso en la actividad normativa. Los distintos tipos de ley atienden así (en distinta medida, ciertamente) a un sentido último que los unifica: todos ellos hacen viable la articulación del pluralismo social, no por el contenido de las medidas normativas, sino por la índole misma de los procesos que expresan. Se marca así la diferencia entre las fuentes legales y las otras fuentes del Derecho: las fuentes legales recogen el sentido democrático-constitucional de la producción jurídica dentro del ordenamiento en lo que atañe a la forma misma de esa producción."

3.3. El cambio en el fundamento de la específica fuerza que desarrolla la ley

A lo largo de los siglos XVIII y XIX, ha sido construida la idea de nación como unidad social titular del poder político, sea en la vertiente iusracionalista de la Ilustración, especialmente francesa, que veía en la nación la unidad de la voluntad general soberana, sea en la vertiente orgánico-historicista, especialmente alemana, que identificaba la nación con el espíritu del pueblo (*Volkgeist*) que se construye a lo largo de las generaciones y que se manifestaría

[360] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos.* Revista Española de Derecho Constitucional, 2003, n. 69, p. 202.

en la lengua, cultura, artes, tradiciones y demás formas específicas de existir y manifestarse de una comunidad.

Ante la unidad de la nación, su poder constituyente de un orden político también se manifestaría de forma unitaria, homogénea. Así, en las formulaciones de los pensadores liberales de los siglos XVIII y XIX, el cuerpo político es entendido como una unidad orgánica que, ante una misma voluntad, actúa bajo una misma ley.[362] La marca indeleble de la nación es justamente la unidad de voluntad, que a través de un pacto común (contrato social) transforma una colectividad social en una unidad política, lo que permite, según Rousseau,[363] que "cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y permanezca tan libre como antes".

Mientras se mantenían las diversas restricciones a la participación en el proceso electoral, el poder político seguía exclusivamente en manos de un grupo que expresaba una voluntad y racionalidad homogénea. En estos supuestos, la manifestación de voluntad de este grupo social no tenía límites, una vez que expresaba una voluntad unitaria, sin oposición legítima. Por lo tanto, la supremacía de la ley se basaba en la supremacía de la burguesía, que había vencido la disputa con las fuerzas del Antiguo Régimen y, de esta manera, se convirtió en soberana.

Pero, la formulación liberal de la voluntad general soberana de la nación no es, desde luego, un dato de la realidad, sino solo una metáfora para justificar la unidad del poder soberano, ahora en manos del Parlamento. Como muy bien advierte Kelsen,[364] lo que se denomina voluntad general no es un hecho psíquico y real ya que, en sentido psicológico, solo existen voluntades individuales.

A partir del siglo XX, con la universalización del derecho de sufragio, el proceso político se abre a los demás grupos sociales, lo que hace insostenible la ficción liberal de una sola voluntad de la nación expresada por la ley. Los conflictos sociales antes marginalizados por un sistema que no reconocía instrumentos jurídicos efectivos de manifestación de la opinión de la mayor parte

---

[362] Según Sieyès (*¿Qué es el…, cit.*, p. 61), la nación es el "cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por la misma legislatura"
[363] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato* social…, *cit.*, p. 45
[364] KELSEN, Hans. *Vom Wesen Und Wert Der Demokratie.* 1920; versión en portugués, *A democracia*. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 51.

de la sociedad ahora se ubican en el propio proceso legislativo parlamentario, donde los más diversos grupos pelean por la prevalencia de sus intereses.

En las democracias contemporáneas, el régimen jurídico de la ley no se define por ser la ley la expresión material de la voluntad del soberano, sino por ser el cauce formalmente legítimo para las decisiones políticas en sociedades plurales, en las que la toma de decisión esté abierta a la participación del mayor número de personas y que, al final, refleje un consenso posible entre los diversos y conflictivos intereses existentes.

Según Kelsen,[365] la dinámica del procedimiento legislativo parlamentario, con su técnica dialéctica, basada en discursos y réplicas, tiende a llegar a un compromiso. Los grupos sociales, con el afán de hacer prevalecer sus intereses, son impulsados a llegar a acuerdos y a establecer compromisos, relegando así a un segundo plano lo que los separa en favor de aquello que los une. El sentido del procedimiento legislativo parlamentario no sería, por lo tanto, llegar a una verdad superior, absoluta, como planteaban los teóricos de la Revolución Francesa, sino más bien llegar a un compromiso viable que posibilite la convivencia pacífica entre los diversos grupos de intereses antagónicos.

Una vez que no se piensa más en el cuerpo político como una unidad de voluntad, ¿cómo justificar la imposición de la voluntad de uno o algunos a los demás?

Desde el momento en el que se reconoce que todos los seres humanos son naturalmente libres e iguales, cualquier intervención unilateral de la comunidad o de terceros sobre la esfera de acción de un individuo es, por definición, una anomalía de la naturaleza de las cosas. Tomando la lección de Kant,[366] cada ser humano es un fin en sí mismo.[367]

Sin embargo, en la vida en sociedad, cuando dos o más individuos habitan el mismo espacio al mismo tiempo, el contacto entre sus acciones es inevitable. Este contacto puede resultar indiferente para las personas involucradas, cuando consideran que los efectos de la acción del otro no afectan

---

[365] KELSEN, Hans. *A democracia..., cit.*, p. 70.

[366] KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. 1785; versión en portugués, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa, Edições 70, 1995, p. 68

[367] "*Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim.*"

a sus propias acciones o expectativas. Pero también puede afectar significativamente el ámbito de la acción mutua. Esta afectación puede ser positiva, por la compatibilidad y afinidad entre las dos acciones, lo que se traduce en acciones colaborativas o, por el contrario, puede ser conflictiva, por la incompatibilidad e imposibilidad de convivencia.

Ante esta imposibilidad ontológica de acciones contradictorias sobre un mismo objeto al mismo tiempo, al menos una de las dos intenciones se verá frustrada. Para que la vida en sociedad sea factible, existe, por tanto, una necesidad ineludible de establecer un elemento cultural (no natural) de limitación heterónoma de la conducta de los seres humanos.

Siempre habrá, por lo tanto, las más diversas imposiciones de la voluntad de uno o algunos sobre los demás. Es una consecuencia que no se puede alejar de la vida en comunidad. Estas imposiciones, sin embargo, dada la igualdad natural de todas las personas, solo serán legítimas si a todos le fueren concedida igual parcela de poder en la formación del gobierno y de la voluntad política prevaleciente, es decir, la misma oportunidad de participar en la elaboración de las normas que rigen la sociedad. Este es el sentido posible de la igualdad entre los hombres en el proceso político de las democracias contemporáneas.

La legitimidad de las normas sociales, en los actuales Estados Democráticos de Derecho, no está ya en su contenido, que expresaría indistintamente una voluntad general, sino en el procedimiento de toma de decisiones, que está abierto a la participación de todos los interesados. El concepto de soberanía nacional es desplazado por el concepto de democracia pluralista como el haz de dónde irradia la legitimidad del sistema político.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el derecho a la participación en la formación de la voluntad del Estado fue reconocido expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas:

> “Artículo 21:
>
> 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
>
> […]

> 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto."

Así pues, las normas válidas deben, en regla, ser dictadas mediante un procedimiento en el que se garantice de la forma más amplia posible la participación de todos los interesados, algo que se da a través del proceso legislativo parlamentario. El parlamento está formado por representantes elegidos por toda la población, luego es representativo, en mayor o menor medida,[368] de todos los seguimientos sociales. Aunque la decisión no sea tomada con el acuerdo de la totalidad de los miembros del parlamento, ante la dificultad de establecerse consensos, especialmente en las materias más polémicas y que comúnmente suelen ser las más importantes, la aprobación de la ley por el voto de la mayoría garantiza al menos que la decisión sea representativa del acuerdo de una parcela considerable de los representantes de la población. Dado el carácter electivo de los mandatos, en caso de que el elector no se sienta representado por el parlamentario, puede optar por votar a otro parlamentario en las elecciones siguientes. De esta manera, el escrutinio estacional de los electores es un instrumento que garantiza el mínimo de identidad entre los intereses de los electores y la actuación del parlamentario.

3.4. La fuerza normativa de la Constitución: el fin del *legibus solutus*

En 1789, los miembros de la Asamblea Nacional francesa expusieron en una declaración formal los "derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre". Siendo derechos que advienen de la naturaleza misma de todos los hombres y mujeres, son anteriores y superiores al Estado y, por ello, el Estado

[368] La democracia representativa basada en el sistema de partidos políticos pasa por un momento de profunda crisis en todo el mundo, ante la incapacidad de los partidos políticos de representar a sus electores y no a sus propios intereses orgánicos. Sin embargo, este falseamiento del sistema representativo no tiene nada que ver directamente con la idea de representación, que permanece válida, sino con artimañas de los grupos políticos para perpetuarse en el poder. El problema no está propiamente en el sistema representativo sino en cómo preservarlo para que sea un canal abierto a la expresión de todos los intereses sociales.

no podría legítimamente ignorarlos o contrariarlos. Sin embargo, el concepto de soberanía como poder absoluto[369] impedía que se le opusiera cualquier límite a la actuación del parlamento en la representación de la nación soberana. Así, el poder soberano expresado en las leyes no estaba limitado siquiera por la Constitución, ya que ambas normas eran manifestación de ese mismo poder, que era, por definición, ilimitado.

Esta contradicción está en la estructura misma de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: el art. 1º reconoce la libertad y la igualdad natural de todos los hombres. El art. 2º impone como objetivo de la asociación política la preservación de estos derechos. Pero, el art. 3º declara, y aquí se hace el giro positivista, que todo poder político reside en la asociación política (la nación) que, según el art. 6º, manifiesta su voluntad soberana a través de la ley. Por lo anterior, la ley es la manifestación de la totalidad del poder político, que es soberano, es decir, ilimitado. Como consecuencia, bien observa Costas Douzinas,[370] la declaración, que buscaba proteger los derechos naturales contra el poder del Estado, tiene como resultado inmediato establecer un poder ilimitado al Estado y su ley.

El art. 16 decía que "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos (…) carece de Constitución" pero, paradójicamente, los derechos reconocidos en la declaración no disponían de ningún medio de protección, lo que condujo a su ineficacia. La articulación del ordenamiento bajo la mística de la soberanía política manifestada jurídicamente en la ley hizo que la propia ley fuera la garantía de los derechos, o más bien de todo el Derecho, lo que, al fin y al cabo, llevó a la negación de los derechos de los ciudadanos, que quedaban, en efecto, a la entera disposición del Poder Legislativo, sin ninguna garantía propia.[371]

Después de abolir el régimen feudal, por medio del Decreto del 4 de agosto de 1789,[372] la Asamblea Nacional redacta la Declaración de los Derechos

---

[369] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto…, cit.*, p. 29.
[370] DOUZINAS, Costas. *The end of human rights: critical legal thought at the turn of the century*. Oxford, 2000; versión en portugués, *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2009, p. 114.
[371] SALVADOR, Bartolomé Clavero. *"Garantie des Droits"…, cit.*, p. 19.
[372] El Decreto, sin embargo, no abolió completamente los derechos feudales. Como observa Georges Lefebvre (*1789: revolución francesa…, cit.*, p. 154), "además de la obligación de redención que les aseguraba larga vida, no se habían atacado los derechos honoríficos, ni el derecho de primogenitura."

del Hombre y del Ciudadano, en la que, como el propio nombre indica, declara los “derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre”, cuya protección es la finalidad de la asociación política (art. 2º). Sin embargo, la integración de estos derechos al orden jurídico no se dará directamente por la Declaración, ni por la futura Constitución, sino que será obra de la ley lo que, como resalta Fioravanti,[373] es posible extraer de las remisiones que el texto de la Declaración hace de la ley y de la Constitución: de sus diecisiete artículos, la mitad hace referencia a la ley mientras que la Constitución solo es mencionada una sola vez en el artículo dieciséis. La garantía de los derechos naturales de los hombres claramente no estaba en el plan constitucional, sino en leyes posteriores que deberían tratar del estatuto jurídico de estos derechos. Como observa Roberto Bin,[374] se atribuía a la Constitución la naturaleza de un "programa" que la legislación ordinaria debería implementar.

No ha sido casualidad que a las declaraciones de derechos y constituciones liberales decimonónicas siguieran códigos que definían detalladamente los límites de los derechos reconocidos en estas declaraciones y constituciones. En Francia, por ejemplo, tras la caída de la Bastilla, fueron promulgados el Código Penal de 1791, el Código Civil de 1804, el Código de procedimiento civil de 1806 y el Código de comercio de 1807. Como destaca António Pedro Barbas Homem,[375] “Cada uno de los códigos proyectados corresponde al desarrollo normativo de los derechos y libertades naturales en particular: el Código Civil protege la propiedad; El Código Penal, la libertad y el derecho a la seguridad.”

En Europa en general, y en Francia en particular, no se ha reconocido a la Constitución más que un valor político, “de articulación de los órganos superiores del Estado” y “organización de los modos de producción del Derecho”.[376]

El sistema político inaugurado por la Revolución Francesa, por lo tanto, padecía, en su origen, de un mal fatal: dejaba sin defensa los derechos de las minorías políticas, por la simple razón de que ni siquiera admitía la existencia de

[373] FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo: experiencias históricas…, cit.*, p. 97.
[374] BIN, Roberto. *Che cos' è la Costituzione?.* Quaderni costituzionali, 2007, vol. 27, n. 1, p. 28.
[375] HOMEM, António Pedro Barbas. *A Lei da..., cit.*, p. 190.
[376] RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 325.

una oposición legítima a las decisiones del parlamento que, por definición, siempre representarían la voluntad general de la nación.

De ahí que la filosofía política liberal decimonónica padeciera dos aporías insostenibles. Estaba construida a partir del reconocimiento de la natural libertad humana y de la necesidad insoslayable de limitar al poder político que, por su propia naturaleza, tiende siempre a la expansión ilimitada.[383] No obstante, el Estado liberal, libre de los poderes intermedios del Estado feudo-estamental del *Ancien Régimen*, se convierte, paradójicamente, en un poder más fuerte y menos limitado que la monarquía absolutista a la que él ha desplazado.

Los liberales, por lo tanto, proclaman un sistema político en el cual no hay más poderes arbitrarios, pero conceden al parlamento un poder materialmente sin límites, tan arbitrario como el poder del régimen al que ha desplazado. El principio de la soberanía nacional impone un límite a los poderes ejecutivo y judicial del Estado, que no deben más que ejecutar las normas dictadas por el parlamento, pero mantiene sin límites el poder del parlamento que, parafraseando a Sieyès, todo puede, basta que lo quiera.

El problema de la soberanía ocupará la atención especialmente de la doctrina del Estado alemana, donde no se había todavía elaborado un principio de soberanía parlamentaria. Gracias al principio monárquico, que concedía al rey un poder político no sometido al control, la lucha en Alemania se centra en poner bajo el abrigo del derecho la totalidad del fenómeno político. El principio monárquico declarado en el Acta de Viena de 1815 conllevaba en el propio texto constitucional una dificultad adicional a la teoría del Estado alemana: ¿Cómo justificar la limitación del poder del rey por el parlamento si todos los poderes del Estado eran conferidos al rey como jefe de Estado?

En los países donde, tras la Restauración, se había proclamado el principio monárquico pero restringido por la necesidad de participación del parlamento en algunos asuntos del Estado (básicamente, en las intervenciones en la propiedad y la libertad de los ciudadanos), había un problema adicional: ¿cómo justificar esta limitación del poder soberano del rey prevista en la

[383] Como dijo Carl Schmitt (*Teoría de la ... cit.*, p. 138), el sentido y finalidad de la Constitución del Estado burgués de Derecho es la protección de los ciudadanos contra el abuso del poder político.

Constitución si lo que hace un poder soberano es justamente la ausencia de límites externos?

Mientras las fuerzas monárquicas tradicionales defendían que se trataba de una autolimitación del poder del rey, las fuerzas liberales, conscientes de la precariedad de tal formulación, que daba al rey el poder de romper el acuerdo de autolimitación, reivindicaban al parlamento el origen de todo el poder del Estado.

El resultado del conflicto sobre la ley de presupuestos prusiana que se extendió desde el año 1862 hasta 1866 mostrará la debilidad del poder del parlamento, incapaz de impedir las reformas del Ejército (y el consecuente aumento de los gastos públicos) llevadas a cabo por Bismarck.

Debido a esta fragilidad de la limitación del poder ejecutivo del Estado, el problema del control jurídico del poder político es primordial en la dogmática del Estado alemana del siglo XIX. La lucha en Alemania es por eliminar los espacios de poder inmunes al control jurídico y limitar los poderes del Estado al Derecho.

En la segunda mitad del siglo XIX, influenciado por el positivismo lógico del Círculo de Viena, el derecho público alemán fue invadido por un positivismo científico que, como destaca Michael Stolleis,[385] cultivaba, sobre todo, la coherencia lógica de las figuras dogmáticas. Bajo estos presupuestos juspositivistas, los autores alemanes desplazarán el problema de la teoría del Estado a la teoría del Derecho, lo que llevará a la formulación de la idea de que el Estado actúa solo bajo formas jurídicas, de que el Estado es un "Estado de Derecho" (*Rechtstaat*).[386] En las palabras de Julius Stahl:[387] "El Estado de Derecho no representa sin más la finalidad y el contenido del Estado, se refiere solo al modo y la manera como se realizan estos". Se propone, en suma, la inversión del Estado policial (*Polizeistaat*), identificado por su finalidad ética de satisfacción de la felicidad general, que le confiere un poder ilimitado, capaz de

---

[385] STOLLEIS, Michael. *Direito Público na..., cit.*, p. 93.

[386] Cfr. COSTA, Pietro. *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*. COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (eds.). *Lo stato di diritto: teoria, storia, critica*. Milán, 2002; versión en portugués, *O Estado de Direito: uma introdução histórica***.** COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 122 y ss; GROTE, Rainer. *Rule of Law..., cit.*, p. 140.

[387] *Apud* BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Capítulo *Entstehung und Wandel des Rechtsstaats Begriffs* de la obra *Recht, Staat, Freiheit*. Frankfurt, 1991; versión en español, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.* Madrid, Trotta, 2000, p. 24-25.

intervenir sobre cualquier objeto y bajo cualquier forma, por un Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), caracterizado por la forma de actuar, donde el Estado debe siempre actuar bajo la tutela del derecho, independiente de la finalidad específica de cada acto.

El concepto de Estado de Derecho es introducido en el debate constitucional y político de Alemania por Robert von Mohl, en las obras "*Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*", de 1829, y "*Die Polizei-wissenschaft Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*", de 1832,[388] y posteriormente desarrollado por Friedrich Julius Stahl, Lorenz von Stein, Rudolf Gneist y Otto Mayer, principalmente.

El Estado de derecho es defendido por estos autores con diferentes justificaciones y matices.[389] Sin embargo, como bien señala Zagrebelsky,[390] indica siempre un valor y una forma de organización del Estado: "El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machstaat y del Polizeistaat: no más rex facit legem, sino lex facit regem."

Las formulaciones de la doctrina alemana respecto al Estado de Derecho llevarán a la solución jurídica del problema de la sumisión del poder soberano. Como hemos dicho anteriormente, en los países donde se había proclamado el principio de la soberanía popular, ante la ausencia de instrumentos de control de la ley, el poder del parlamento llegó a ser ilimitado, lo que contradecía los propios postulados liberales de limitación de los poderes del Estado. Por otro lado, en los países donde se estableció el principio de la soberanía del rey, el poder del gobierno y de la administración pública era ilimitado cuando no fuera objeto de alguna reserva de ley.

Como solución al problema de la conciliación entre la soberanía y la actuación del Estado según fórmulas jurídicas predeterminadas que caracterizaba la idea de Estado de Derecho, la dogmática alemana, especialmente a partir de las formulaciones de Jhering y después de forma más

[388] Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el … cit.*, p. 19.
[389] Para un resumen de algunas de las diversas concepciones del Estado de Derecho en el siglo XIX, Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el … cit.*, p. 26 y ss.
[390] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil…, cit.*, p. 21.

sistemática por Jellinek, reconocerá la soberanía no como un atributo del rey o del parlamento, sino del Estado. Así pues, las limitaciones del parlamento sobre el poder del rey previstas en el Acta Final de Viena son limitaciones del poder del Estado por el propio Estado, son autolimitaciones.[391] No hay cuerpo u órgano soberano. La soberanía pertenece al Estado considerado en su totalidad. Esta, finalmente, ha sido la forma en la que la teoría del Estado alemana ha conseguido limitar definitivamente el poder del rey. "El monarca" dijo Forsthoff,[392] "se convirtió en un órgano del Estado como persona jurídica, con el que ya no podía identificarse. Sus derechos señoriales se convirtieron en facultades orgánicas, definidas y limitadas por la constitución."

El reconocimiento de la soberanía del Estado, que se autolimita y se convierte él mismo en una persona, titular de derechos y obligaciones, sometida al orden jurídico, permite que se observe el fenómeno del Estado desde una doble perspectiva: al lado del Estado persona jurídica se visualiza el Estado orden jurídico, al cual el Estado persona se somete. Es este Estado ordenamiento jurídico el que es soberano, al cual todas las personas, públicas y privadas están subordinadas.

En el Derecho Público, la línea iniciada por Gerber, Laband y Jellinek encontrará en Kelsen una construcción conceptual más elaborada, que influirá definitivamente en toda la teoría del Estado y que permitirá solventar definitivamente el problema de las normas constitucionales.

Kelsen, en la búsqueda por explicar el fenómeno del derecho "puro", es decir, libre de consideraciones no jurídicas, identifica el Estado no como una fuerza u otro criterio político, social o psicológico, sino con el orden jurídico que determina la validez y los límites (territorial y personal) de este poder. El Estado ejerce una autoridad sobre los ciudadanos porque hay un orden jurídico que reconoce a sus agentes un poder para actuar de manera imperativa. Así pues, el Estado – y sus órganos – es pensado no como un poder soberano, sino como una persona jurídica sometida a un orden jurídico soberano.[393]

---

[391] Cfr. COSTA, Pietro. *O Estado de..., cit.*, p. 132 y ss.

[392] FORSTHOFF, Ernst. *Der Staat der Industriegesellschaft (Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland).* Munique, 1971; versión en español, *El estado de la sociedad industrial (el modelo de la República Federal de Alemania)*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 13.

[393] Cfr. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre.* Viena, 1960; versión en portugués, *Teoria Pura do Direito***.** São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 316 y ss.

Ante la soberanía del orden jurídico estatal, Kelsen denuncia la contradicción de que, a la norma jurídica fundamental del ordenamiento, es decir, la Constitución, le falta la garantía de protección de sus determinaciones. Sería una contradicción. El Derecho positivo postularía que todo acto que esté en contradicción con una norma superior debería ser anulado, salvo cuando esa norma superior fuera la norma de más alto rango, la Constitución.[394]

Para garantizar la supremacía de la Constitución, Kelsen diseña por primera vez en Europa un sistema de protección de la Constitución, pero, en consonancia con la tradición europea continental, preserva la función legislativa de la interferencia del poder judicial. El control de constitucionalidad de la ley es atribuido a un Tribunal de naturaleza constitucional, al que se le ha dado el nombre de "Corte Constitucional" (*Verfassungsgerichtshof*), cuya función no es propiamente judicial de solución de litigios en la aplicación concreta de la ley, sino de naturaleza legislativa de anulación, con efectos generales (*erga omnes*), de la ley declarada inconstitucional. Kelsen propugnaba que la declaración de inconstitucionalidad tuviera efecto abrogativo de la norma declarada inconstitucional, es decir, el efecto de una legislación negativa, que retirara la norma impugnada del ordenamiento jurídico.[395]

Con ello, Kelsen intentaba asegurar que la voluntad de la mayoría expresada en la ley no se ejerciera de manera abusiva en contra de los derechos de las minorías. Si la forma especial de la Constitución, que exige que su revisión dependa de una mayoría cualificada significa que ciertas cuestiones no pueden ser resueltas más que de acuerdo con la minoría, hay que garantizar que la mayoría simple expresada en la ley no vulnere esta garantía de los derechos de las minorías.[396] Pero, al mismo tiempo, hay que proteger, además, la democracia, reconociendo a la ley una fuerza específica en el sistema de fuentes, que justificará que solo se recuse su validez cuando sea declarada

---

[394] Cfr. KELSEN, Hans**.** *La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle***.** París, 1928; versión en español, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional).* Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2011, n. 15, p. 295.
[395] Cfr. HORN, Hans-Rudolf. *Jueces versus diputados: sistemas americano y austríaco de la revisión judicial.* Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2002, n. 6, p. 233.
[396] KELSEN, Hans**.** *La garantía jurisdiccional de…, cit.*, p. 296.

inconstitucional por un Tribunal específicamente creado para el control de la constitucionalidad de los actos normativos de los poderes constituidos.[397]

De esta forma, se supera el dogma de la soberanía parlamentaria, permitiéndose someter la actividad legislativa a vínculos jurídicos, y no solamente políticos o sociales.

Por lo tanto, en el siglo XX, la Constitución recibirá especial protección del ordenamiento jurídico, a partir del reconocimiento de su superlegalidad[398] o supralegalidad formal y de la construcción del sistema de garantía de esta supralegalidad a través del control de constitucionalidad de las leyes idealizado por Hans Kelsen. Este modelo de control de constitucionalidad será implementado por primera vez en la Constitución austriaca de 1920, y tras la Segunda Guerra Mundial se extenderá por toda Europa.[399]

Las constituciones de los llamados Estados Constitucionales de Derecho del siglo XX dejan de ser meros acuerdos políticos con fuerza normativa limitada a la organización de los poderes del Estado y se constituyen en verdaderas reglas de derecho con fuerza normativa directa e inmediata sobre las relaciones sociales.

La consideración de la Constitución como norma jurídica de aplicación directa e inmediata, cuya fuerza jurídica está protegida por un Tribunal Constitucional, afecta al aspecto formal de la ley, trasladada a un plano jerárquicamente secundario, y material, al condicionar el propio contenido de la ley, que deberá "ajustarse a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución".[400] El legislador ya no es soberano, pues está sometido no solamente a la forma, sino también al contenido de la Constitución, que dispone sobre los derechos inmunes a la intervención democrática.

Al hablar del principio de legalidad en la tradición liberal del siglo XIX, se afirmaba la posición de supremacía de la ley en el sistema de fuentes, posición

---

[397] BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La división de poderes en la Constitución de Cádiz de 1812.* UNED. Revista de Derecho Político, n. 83, enero-abril de 2012, p. 35.
[398] El término es de Maurice Hauriou. Cfr. HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. París, 1923; y *Précis elementaire de Droit Constitutionnel.* París, 1923. Ha sido utilizada la versión española, una traducción de algunos capítulos de estas dos obras, realizada por Carlos Ruíz del Castillo y de Catalane de Ocón, y que ha recibido el título de *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1927, p. 309.
[399] Cfr. COMELLA, Víctor Ferreres. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad.* Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 26.
[400] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto…, cit.*, p. 80.

garantizada independientemente del contenido de la ley o de la relación jurídica reglada. Dado que las Constituciones liberales promulgadas u otorgadas en el siglo XIX no tenían fuerza normativa, es decir, no regulaban directamente las relaciones jurídicas, las reglas de conducta establecidas por la ley ocupaban inexorablemente la cúspide del ordenamiento jurídico, no conformándose ni sometiéndose a ninguna otra norma. Las leyes dictaban la fuerza y los efectos de las otras reglas del ordenamiento.

A partir del momento en que se concede fuerza normativa directa a la Constitución, las demás normas jurídicas del sistema tendrán la fuerza y los efectos que les da la Constitución, lo que afectará directamente a la posición de la ley en el sistema de fuentes, trasladada a un plano jerárquicamente secundario y limitada materialmente "a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución".[401]

Una vez que la Constitución se convierte en la fuente suprema del ordenamiento jurídico, la fuerza normativa de la ley ya no está predeterminada por su naturaleza, sino que resulta de su relación con la multitud de normas que componen el ordenamiento jurídico, según los criterios que establece la Constitución. Así, la distribución del poder legislativo ya no se establece como consecuencia directa de la soberanía popular, sino que depende de la forma específica en que se divide el poder político en cada ordenamiento jurídico.[402]

---

[401] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto…, cit.*, p. 80.

[402] La Constitución francesa de 1958, por ejemplo, adoptó un modelo para la división de poderes legislativos entre el Parlamento y el gobierno. Las materias reservadas a la ley se enumeran en el art. 34 de la Constitución, dejando el reglamento, de conformidad con el art. 37, la regulación de otras materias.

Algunas Constituciones, a su vez, niegan al gobierno cualquier poder legislativo. La Constitución de los Estados Unidos establece en su primer artículo que "Todos los poderes legislativos aquí otorgados serán conferidos a un Congreso de los Estados Unidos, que consistirá en un Senado y una Cámara de Representantes".

Existen Constituciones que permiten la delegación del poder legislativo al Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978 (art. 82). O, por el contrario, la delegación legislativa puede estar expresamente prohibida, como ocurrió en la Constitución francesa de 1946. O, aun así, *tertius genus*, la Constitución portuguesa de 1976 tiene poderes legislativos de reserva absoluta por parte de la Asamblea de la República (art. 164) y asuntos que pueden delegarse en el gobierno (art. 165).

Asimismo, es diversa la apertura de cada sistema a lo que Adolf Merkl (*Teoría general…, cit.*, p. 214) denomina "derecho de necesidad del Estado", que autoriza al Poder Ejecutivo a adoptar medidas legislativas en caso de urgencia. Son, por ejemplo, los "*provvedimenti provvisori con forza di legge*", previstos en la Constitución italiana de 1948. En Brasil, esta apertura es bastante amplia, incluso después de la Enmienda Constitucional n. 32, de 2001, que restringió el poder del Presidente de la República para promulgar medidas provisionales (*Medidas Provisórias*) (art. 62).

El reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución, en resumen, encierra la idea de un poder constituido soberano. "En el Estado constitucional no hay soberano".[403] Todos los poderes del Estado están ahora sujetos a la Constitución. Como destaca Balaguer Callejón:[404]

> "en el ejercicio ordinario del poder político, no encontramos ni el objeto ni el sujeto de la soberanía. No existe el objeto de la atribución de la soberanía por cuanto todos los poderes del Estado están limitados por la Constitución. Tampoco existe el sujeto de esa atribución porque, una vez que el pueblo o la nación se dotan de una norma fundamental que sirve para regular la convivencia, el Poder Constituyente debe desaparecer."

Las Constituciones de los Estados liberales eran el documento político que afirmaba el poder único (la soberanía) del grupo que había vencido la disputa política y, por ello, se convertió en soberano. En las democracias pluralistas, sin embargo, no hay un poder soberano que actúa desde el Estado, puesto que no hay una prevalencia de un grupo social, con la exclusión de los demás. Estas democracias se construyen a partir del consenso posible entre los diversos grupos sociales, que se comprometen a vivir bajo algunos principios básicos que tienen por finalidad garantizar la propia existencia de las diversas formas de vida admitidas en el pacto. El consenso fundamental de la sociedad, antes identificado con una voluntad general unitaria y homogénea y expresado en la ley, ahora se traslada para la Constitución, de manera pluralista como marco consensual de convivencia armónica y pacífica entre los diversos grupos sociales.

La ley, en estas democracias, se convierte, por lo tanto, en el cauce adecuado para la definición del programa político eventualmente prevaleciente

---

La Constitución alemana de 1949 y la Constitución francesa de 1958, sin embargo, no incluyen la figura de los decretos de emergencia.
En Alemania, en particular, el poder regulador del Poder Ejecutivo está altamente regulado, ya que, con excepción de la regulación de los aspectos organizativos internos, se requiere autorización por ley, que determina el contenido, objeto y alcance de la autorización otorgada (art. 80, 1).

[403] KRIELE, Martín. *Einführung in Die Staatslehre: Die Geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen Des Demokratischen Verfassungsstaates.* 1988; versión en español, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático.* Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 149.

[404] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la …, cit*., p. 91.

en el juego político que se desarrolla entre los diversos grupos sociales. La ley, por lo tanto, con Balaguer Callejón,[405] es la garantía de la democracia pluralista desde el punto de vista formal. Pero, el resultado de la disputa política no puede poner en riesgo el propio fundamento de su existencia, que es la pluralidad social. De ahí que la ley ya no puede desarrollar cualquier contenido, sino que está limitada por los derechos fundamentales previstos en la Constitución, que, en las democracias pluralistas, son derechos de diversa naturaleza y que expresan múltiples preferencias político-ideológicos y por ello, son la garantía misma de la existencia del pluralismo social. Desde este punto de vista material, afirma Balaguer Callejón, [406] "la Constitución no se limita a hacer posible la expresión de los grupos sociales mayoritarios, sino que obliga a conciliar esa expresión con el respeto a los derechos de las minorías tal y como la propia Constitución entiende jurídicamente estos derechos."

En las Constituciones normativas de las democracias pluralistas, la soberanía ya no es un poder que permanece vivo en las manos de alguno de los poderes del Estado, sino que es un poder meramente político y que se agota en el momento mismo en que se promulga la Constitución, que, como hacer notar Balaguer Callejón,[407] "repudia cualquier poder que no se someta a sus límites". La Constitución normativa es, en expresión de Zagrebelsky,[408] una constitución estructuralmente sin soberano concreto. Ello porque, como indica Balaguer Callejón, dentro del ordenamiento constitucional ya no están presentes los elementos que componen la soberanía, el subjetivo, el pueblo como colectivo homogéneo, y el objetivo, la soberanía como poder no sometido a límites jurídicos.[409]

3.5. La pluralidad de fuentes normativas

En el siglo XVI, se inicia un proceso de centralización del poder político de los Estados nacionales que sigue su marcha implacable hasta fines del siglo

[405] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Reserva de lei..., cit.*, p. 196.
[406] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 153.
[407] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 33.
[408] ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *La Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*. Vol. 1. Il mulino, 2018, p. 46.
[409] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II…, cit.*, p. 34.

XIX. A partir del siglo XX se inicia el camino inverso de dispersión interna del poder político en los Estados democráticos occidentales. Además de la desconcentración de competencias para diversas unidades administrativas dotadas de relativa autarquía, hubo una distribución del propio poder político, primeramente, para unidades territoriales dotadas de autonomía política (Estados federados, Comunidades Autónomas, Cantones, etc.) y, posteriormente, para órganos o entidades gubernamentales que pasaron a gozar de potestades legislativas propias. Como consecuencia, hubo una proliferación de diversas fuentes de derecho que, a veces, se excluyen por criterios de delimitación de competencia, material o territorial pero que, a veces, compiten sobre la regulación del mismo objeto.

Esta distribución del poder político tendrá consecuencias de no poca importancia, afectando directamente al principio de legalidad, puesto que otras especies normativas ganan la misma fuerza jurídica de la ley o pasan a ser la fuente legítima de regulación respecto a determinadas materias.

Así que, al lado de las leyes parlamentarias, se ha reconocido *fuerza de ley* a actos normativos dictados por el Poder Ejecutivo por delegación del Parlamento o por competencia propia cuando el proceso legislativo por alguna razón (relevante interés público, riesgo a la seguridad nacional, situaciones de emergencia, etc.) no sea la vía adecuada para la regulación de la materia. Es el caso de los Decretos legislativos o los Decretos-leyes en España (arts. 82 a 86 de la Constitución), los *Decreti-legge* en Italia (art. 77 de la Constitución) o las *Medidas Provisórias* en Brasil (art. 62 de la Constitución).

Como indica Balaguer Callejón, estos actos normativos también expresan en cierta medida el sentido de la democracia constitucional en la producción jurídica, puesto que permiten la participación, previa o posterior, de las minorías en el control de estas normas[410]. Así que, por ejemplo, las *Medidas Provisórias* expedidas por el Presidente de la República en Brasil, son sometidas posteriormente a la aprobación del Congreso Nacional (art. 62 de la Constitución) o la delegación legislativa de las Cortes Generales de España para el Gobierno solo pueden ser hechas por medio de una ley dictada por el Parlamento, que deberá fijar “el objeto y alcance de la delegación legislativa y

[410] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 73.

los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio" (art. 82 de la Constitución).

A estas normas se les da el mismo valor que se reconoce a la ley, lo que resulta que tienen la misma fuerza, es decir, la misma capacidad de imponerse ante las demás normas del sistema. Por ello, el principio de legalidad se satisface con la referencia a cualquiera de estas normas, según la competencia que le han sido atribuidas.

Mas allá de las fuentes con fuerza de ley, los sistemas jurídicos contemporáneos permiten, además, que normas de otro rango eventualmente sean directa e inmediatamente responsables por la regulación de una determinada materia, con independencia de la previa regulación por una norma de rango legal. Así que es posible que la Constitución reconozca la posibilidad de reglamentos administrativos independientes, reglamentos con la virtualidad de regular directamente una determinada materia, sin la necesidad de la regulación por una ley previa. En esta hipótesis el reglamento se mantiene en un rango inferior a la ley y, por ello, perderá su validez caso advenga una ley posterior que regule la materia de manera diversa, pero a diferencia de los reglamentos ejecutivos no necesita una previa habilitación legal. Es posible que se reconozca incluso espacios de regulación privativos del reglamento administrativo o de otra norma que no tenga rango legal, como ha hecho la Constitución de Francia con la reserva de reglamento.

La segunda consecuencia es que ya no será siempre una ley el fundamento de validez de los actos administrativos. Esto dependerá de la distribución de competencias establecida en la Constitución, que podrá adjudicar a una fuente cualquier la competencia para regular la materia. El poder legislativo le corresponde primariamente al Parlamento, por lo que la ley sigue como el instrumento básico de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo, el Poder Ejecutivo ha adquirido competencia normativa para dictar normas con fuerza de ley, normas que tienen el mismo rango de las leyes elaboradas por el Parlamento, luego desarrollan la misma fuerza. Es posible, además, que la Constitución autorice el reglamento a regular directamente una determinada materia, sin la necesidad de la regulación por una ley previa (los llamados reglamentos independientes). La Constitución puede también reservar espacios normativos privativos para los reglamentos (los llamados reglamentos

autónomos), como ha hecho el art. 37 de la Constitución francesa de 1958.[411] Puede, por fin, que la propia Constitución regule directamente la acción de la Administración, que se fundamentará suficientemente en la Constitución, no necesitando de posterior desarrollo legal. Cuando no exista un desarrollo legislativo del precepto constitucional, la aplicación directa de la Constitución se dará sin ninguna limitación. Pero, cuando el legislador haya utilizado de su prerrogativa de desarrollar el contenido de la Constitución (según el procedimiento previsto por la propia Constitución), la Administración debe observar la norma Constitucional a partir del desarrollo que le ha sido dado por el legislador.

La ley, por ser el cauce de expresión de la democracia en su proceso de producción, que permite la potencial participación de todos los grupos de interés - mayoritarios o minoritarios – de la sociedad, sigue siendo la principal fuente de los poderes constituidos, que ordinariamente prevalece sobre las demás fuentes, pero ahora la supremacía de la ley ya no es un principio absoluto, intangible, sino que dependerá de la específica conformación prevista en la Constitución respecto a las demás normas del sistema.[412]

Como consecuencia de la pluralidad de fuentes legítimas de producción de normas jurídicas, el principio de legalidad administrativa tiene ahora un sentido algo diverso respecto a la norma de referencia de la acción administrativa. Si en el Estado Legal de Derecho, gracias a la soberanía de la ley, el principio de legalidad se remitía obligatoriamente a la obediencia a una ley, ahora se remite a la norma, de rango legal o no, que el orden jurídico considere suficiente para fundamentar la acción estatal. Esta norma, por lo regular, es una ley, con todo, es posible que sea otra fuente de rango legal o, en situaciones más puntuales, es posible que sea incluso una norma de rango superior (la Constitución) o inferior (un reglamento).

La pluralidad de fuentes de producción de normas jurídica conllevará asimismo a un cambio en el proceso de aplicación del Derecho. En el Estado Legal de Derecho, dónde la fuerza de la ley estaba ya predeterminada por un régimen jurídico que era resultante de la propia fuente, la ley se imponía como

[411] Cfr. MACHADO, Santiago Muñoz, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo VII: El reglamento*. Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 59.
[412] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 153.

la norma directamente responsable para la regulación de las relaciones sociales. Por ello, la ley era condición no solo necesaria, sino también suficiente *per se* para determinar la acción de la Administración. Por el contrario, en los sistemas jurídicos complejos como suelen ser los contemporáneos, la disposición de la ley no es suficiente para determinar la norma a ser seguida por la Administración, sino que se hace siempre necesaria la remisión a otras normas, como mínimo a las normas que regulan la producción jurídica y que, por ello, determinan la validez y la eficacia de la ley, pero comúnmente se hace necesaria la remisión también al contenido de otras fuentes, especialmente de la Constitución, para determinar el propio contenido de la ley. La norma que la Administración tendrá que observar por fuerza del principio de legalidad será, en definitiva, el resultado hermenéutico de la interacción de la ley con las demás fuentes del sistema según los principios de articulación previstos. En los ordenamientos jurídicos contemporáneos, según Balaguer Callejón,[413] la mayoría de las normas son de aplicación relacional más que de aplicación directa, es decir, requieren de otras normas para el despliegue de su eficacia y la definición de su contenido.

Ante la diversidad de poderes normativos que coexisten en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y, además, ante la existencia de variados criterios de articulación entre las diversas fuentes formales productoras de normas, la determinación de la regla de conducta concreta que resulta de la articulación de las normas del sistema se hace más difícil, lo que aumenta la importancia de los aplicadores del derecho, en especial, del Poder Judicial, a quien cabe la interpretación última y definitiva de las normas.

3.6. La ruptura de la unidad de la organización administrativa

Las actividades legislativa y judicial son ejercidas por sus miembros y órganos de forma relativamente independiente. Cada miembro del Parlamento ejerce individualmente su mandato, lo que le confiere el poder de votar o proponer leyes de la forma que entienda más adecuada, sin que sobre él se imponga ninguna coerción jurídica por parte de los demás miembros del Parlamento. Eventualmente, puede sufrir una sanción política de su propio grupo

[413] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 97.

político por actuar de manera contraria al estatuto o a las decisiones del partido, pero nunca se lo podrá exigir jurídicamente una determinada conducta en los asuntos respecto al ejercicio de su mandato. De la misma manera, los jueces deciden según su libre convencimiento respecto de las pruebas aportadas a los autos procesales y del derecho aplicable al caso concreto, no sometiéndose a órdenes de los tribunales superiores. Excepcionalmente, el orden jurídico impone mecanismos de uniformización de jurisprudencia o reconoce a las decisiones de los tribunales superiores efecto vinculante para los tribunales inferiores, pero estas hipótesis son desde luego excepcionales y, además, en general tratan de aspectos puntuales de la materia sometida a la decisión, quedando el juez libre para evaluar los demás aspectos jurídicos y fácticos del proceso.

La unidad e integridad del acto estatal legislativo está garantizada por el proceso decisional, que solo convierte en ley la voluntad de la mayoría del Parlamento, independientemente de la opinión o actuación individual de los parlamentarios.

En la actividad jurisdiccional, la unidad e integridad son viabilizadas por el carácter sustitutivo de las decisiones superiores, que sustituyen las decisiones anteriores por lo que, al final del proceso, solo prevalecerá la última decisión sobre la materia.

La actividad administrativa, contrariamente, requiere unidad de actuación, puesto que su producto es un acto material y los diversos agentes que participan en su elaboración colaboran para la realización del mismo acto. El acto de ejecución requiere que todos obren para la concretización del mismo fin, concretamente determinado.

En el Antiguo Régimen, el poder político estaba concentrado en manos del rey, por lo que la administración del reino se hacía por delegación y en nombre del rey. Los funcionarios de todas las clases y jerarquías eran meros ejecutores de la voluntad soberana del rey ("*Quod principi placuit, legis habet vigorem*"). Todas las acciones de la Administración salían de una sola voluntad, la voluntad del rey. La Revolución Francesa y los movimientos políticos liberales del siglo XIX, en general, no reivindican una pluralidad de fuentes decisorias, sino el cambio del titular: sale el rey y el Parlamento asume la tarea de determinar la acción de la Administración. Pero, internamente, las actividades de las

administraciones públicas decimonónicas permanecen bastante concentradas y organizadas de forma jerarquizada, lo que garantiza la unidad de actuación.

Con el advenimiento de las sociedades de masas del siglo XX, mucho más complejas y mutables, se hizo imposible mantener el ejercicio del poder político en un único centro decisional. Por ello, se creó una amplia cadena de adjudicación de potestades decisionales a personas y órganos diversos, que han recibido de la Constitución y de las leyes el ejercicio de un amplio espectro de atribuciones administrativas que son ejercidas con relativa autonomía.[414]

La organización administrativa más difusa, cuya estructura es más descentralizada y cuyos poderes son más amplios, representará una ruptura en la unidad que caracterizaba la organización administrativa de las monarquías absolutistas y del Estado liberal.

Como consecuencia de esta nueva forma de organización administrativa, la identificación del espacio legítimo de decisión de la Administración Pública se convertirá en una tarea más dificultosa, puesto que no será ya posible establecer una regla general respecto a sus límites, que habrán de ser identificados de forma casuística, a depender de la actividad y del órgano responsable. A veces, más allá de los límites de la persona jurídica, será necesario identificar los límites específicos de la autoridad administrativa aisladamente considerada, puesto que no solo entidades sino también personas han sido destinatarias de estatutos diferenciados que les conceden una mayor libertad decisional frente a las demás autoridades u órganos.

Sin embargo, estas ampliaciones del espacio de decisión y actuación de estos órganos y entidades no ponen en cuestión el principio de legalidad. No importan en su desplazamiento tampoco su atenuación. La Administración permanece integralmente sometida a las normas previstas en las fuentes que son legítimas para regular su específico ámbito de actuación según los principios de articulación entre fuentes normativas previstos en el orden jurídico.

Asimismo, estas normas no pueden invadir el espacio reservado en la Constitución a la ley, en especial, en el desarrollo de los derechos y garantías

[414] La autonomía de estos órganos puede cambiar de grado, según el régimen jurídico que se les atribuye, pero no será nunca absoluta, lo que equivaldría a convertirlas en entidades soberanas.

fundamentales de las personas, que normalmente requieren de una ley para su regulación.[415]

3.7. La Constitución y la jurisdicción como puntos de unidad del sistema

La construcción del Estado a partir del siglo XVI se caracterizará por la absorción de las instituciones políticas autónomas con el fin de asegurar la unidad de voluntad dentro de la sociedad.[418] Los príncipes luchan por convertirse en soberanos, en única fuente de donde emanan primariamente todos los poderes políticos, especialmente el poder de determinar los derechos y obligaciones de los súbditos. Como consecuencia, todas las fuentes productoras de normas jurídicas anteriormente existentes quedarán bajo el orden jurídico estatal soberano. Los reyes se convierten en legisladores absolutos, y, por ello, sus actos ocuparán el vértice de un orden jurídico unificado bajo el cual se quedarán todos los otros centros de producción de normas. De ahí que lo que caracterice al Estado moderno, además del monopolio del uso legítimo de la violencia, sea la unidad: El Estado es una forma de organización política unificada, dónde solo hay una voluntad soberana en un territorio delimitado. El Estado liberal decimonónico llevará esta unidad al paroxismo: solo habrá una fuente material (el parlamento) y formal (la ley) de dónde emanan todas las normas jurídicas primarias.

De la unidad del Estado surge el principio de unidad del ordenamiento, que exige, según Balaguer Callejón,[419] la reconducción de todos sus componentes a una norma o a un conjunto normativo, donde se establecen las condiciones formales y materiales de validez del resto de normas. Esta reconducción depende de que las normas que componen el ordenamiento jurídico estén en relación de coherencia entre sí, condición *sine qua non* para

---

[415] En Alemania, hay una reserva de ley general para la regulación de los derechos fundamentales, prevista en el art. 19.1, por lo tanto, la regulación de los derechos fundamentales está reservada únicamente a la ley, pero, en las demás Constituciones, en general, las reservas están determinadas de manera casuística respecto de cada derecho y garantía. Sin embargo, hay, en las Constituciones, una relativa coincidencia entre los derechos y garantías cuya regulación están reservados a la ley.

[418] Cfr. HOMEM, António Pedro Barbas. *A Lei da..., cit.*, p. 154.

[419] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 90

que la multiplicidad de normas se convierta en una totalidad ordenada, en un sistema.[420] Lo que no quiere decir que no pueda haber normas contradictorias dentro del sistema, sino que el sistema debe prever mecanismos de solución de las eventuales antinomias,[421] so pena de pérdida de la propia unidad.

En los Estados liberales del siglo XIX, la norma que daba unidad y coherencia al ordenamiento jurídico era la ley, cuya posición en el sistema y relación con las demás especies de normas eran definidas por su propia naturaleza. La ley era la manifestación de la voluntad del soberano, así que tenía las cualidades del poder que expresaba: era la norma jerárquicamente suprema, que se imponía sobre todas las demás normas y que no era revisable por los otros poderes del Estado. Bastaba con saber el tipo de norma para determinar su posición en el orden jurídico y, consecuentemente, su prevalencia (o no) en un conflicto con otra norma del sistema. Los conflictos entre normas eran resueltos básicamente por el criterio de jerarquía. Las leyes, por su supremacía jerárquica, revocaban todas las demás normas (fuerza activa) y no eran revocables por ninguna otra norma que no tuviera rango legal (fuerza pasiva). En caso de conflicto entre dos normas de la misma jerarquía el conflicto era resuelto por el criterio temporal: la norma más reciente, que expresa la voluntad actual del legislador, revoca la norma anterior.

La unidad del sistema, además, era asegurada por dos características especiales de la ley en el liberalismo decimonónico. La primera y más importante, la homogeneidad del legislador. El voto censitario aseguraba que los parlamentos estuvieran compuestos casi exclusivamente por miembros de la burguesía liberal, cuyos intereses eran, por lo general, bastante homogéneos. Además, la forma de regulación adoptada a lo largo del siglo XIX favorecía la uniformidad y coherencia de la legislación. La creencia en el poder de la razón, capaz de concebir reglas universales, y la voluntad de extinguir el orden jurídico estamental del antiguo régimen y reemplazarlo por un orden en el que todos fueran tratados igualmente, justificó la elaboración de códigos de leyes que

[420] Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico.* Torino, 1982; versión en portugués, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Ed. UNB, 1995, p. 71.
[421] Según Bobbio, dos normas contradictorias no pueden ser, al mismo tiempo y para el mismo caso, ambas eficaces. La aplicación de una al caso concreto excluye la aplicación de la otra, según el criterio de solución de la antinomia previsto en el ordenamiento. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento..., cit.*, p.113.

abarcaban de forma exhaustiva las más importantes áreas de regulación del derecho. Así que los derechos civil, penal y comercial, además de las normas de proceso, quedaban todos regulados minuciosamente bajo el mismo conjunto de reglas y principios. Como ha observado Zagrebelsky:[422]

> "La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); el carácter deductivo del desarrollo de las normas, ex principiis derivationes; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud."

En el siglo XX, tras la conquista del derecho al sufragio universal, la redacción de las leyes dejó de ser una prerrogativa exclusiva de la burguesía y pasó a contar con la participación de otros sectores de la sociedad, lo que hizo que las leyes se diversificaran más y, por consecuencia, se hicieran también más complejas. La ley perdió la homogeneidad de contenido que presentaba en el siglo XIX cuando había una hegemonía de la burguesía en el Parlamento. El "pueblo soberano" de las democracias del siglo XX ya no es un cuerpo político unitario con un proyecto armónico de poder, como en los sistemas políticos liberales del siglo XIX, sino un conjunto de personas y grupos sociales con intereses muy diversos y antagónicos, pero que deciden convivir pacíficamente. La ley, por ende, deja de ser la expresión de una voluntad unitaria representativa de todo el cuerpo político, y pasa a ser la manifestación del interés que ha sido circunstancialmente prevalente en el proceso legislativo, tan legítimo como otros intereses que se le oponen pero que no han conseguido convertirse en ley en el proceso parlamentario.

La Constitución, en el siglo XIX, era la expresión jurídica del proyecto político de la burguesía liberal, cuyos valores estaban muy bien delimitados en la Constitución y declaraciones de derechos. A partir de la democratización de

[422] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil…, cit*., p. 32.

los sistemas políticos, permitiéndose la participación de todas las personas y grupos de intereses en el proceso de toma de decisiones, la Constitución se convierte en un compromiso de convivencia pacífica y cooperación entre estos diversos grupos y personas. Por esta razón, señala Balaguer Callejón,[423] en los Estados constitucionales contemporáneos será la Constitución, "en cuanto consenso fundamental del Estado y la sociedad", la que establecerá "las condiciones de validez no sólo del resto de las fuentes del derecho sino también de los diversos ordenamientos que, en su caso, coexisten bajo su territorio".

La Constitución en los actuales Estados constitucionales de Derecho ya no expresa una solución definitiva de la organización político-social, imponiendo el proyecto político vencedor. Como resalta Roberto Bin,[424] la constitución no se propone a solventar definitivamente los conflictos sociales, sino establecer una protección mínima a los intereses de las minorías políticas y definir las reglas y procedimientos que permitan que la solución futura de los conflictos respete el equilibrio mínimo necesario entre los intereses en disputa.

La resolución de los conflictos políticos es transferida a la ley, cuyo proceso de elaboración permite la participación de todas las personas y la defensa de todos los intereses en pugna, lo que le garantiza una posición privilegiada en el sistema de fuentes de los Estados constitucionales. Pero, ante la inexistencia de un único proyecto político "vencedor" a ser implementado por la legislación, con valores claramente delimitados, las leyes expresarán valores de lo más diverso, lo que lleva, como consecuencia adversa, al debilitamiento de la coherencia y unidad del orden jurídico.[425]

Asimismo, en la Constitución coexisten principios antagónicos entre sí, lo que exige que se les atribuya valor relativo. Así pues, el pluralismo de valores, es decir, la negación de valores absolutos se convierte en el único valor – o más bien, "metavalor"[426] – absoluto del sistema. Ante la pluralidad de valores abarcados por la Constitución, el punto de atribución de unidad de las normas constitucionales, a su vez, ya no es uno o algunos valores específicos, sino la garantía de que estos valores puedan coexistir armónicamente.

---

[423] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del Derecho, espacios…, cit.*, p. 186.
[424] BIN, Roberto. *Che cos' è…, cit.*, p. 8.
[425] Sobre las exigencias de coherencia y unidad del ordenamiento, Cfr. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento..., cit.*, 1995.
[426] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil…, cit.*, p.14

Además, como forma de acoger a estos valores antagónicos, la Constitución se servirá de enunciados y prescripciones de contenido más abstractos, especialmente de principios, normas que prescriben la promoción de un estado ideal de cosas pero dejan al intérprete la evaluación sobre la conducta más apta para alcanzar esta finalidad.[427] Los principios, observa Humberto Ávila,[428] son normas primariamente complementarias y parciales, en la medida en que disponen solamente sobre parte de los aspectos relevantes para la toma de decisión (la finalidad) y, por ello, necesitan de la integración de otras razones para la definición de la conducta (los medios) a adoptar. No proporcionan, por sí mismos, la decisión para el caso concreto; destaca Balaguer Callejón.[429]

Bajo la coordinación de una Constitución que expresa una multiplicidad de principios antagónicos, de naturaleza relativa, que no determinan inmediatamente el contenido de la conducta válida a adoptar, pero que influirán en el contenido que se extrae de las demás normas del sistema, habrá, por ende, una debilitación de la unidad del ordenamiento jurídico, que tendrá mayor dificultad para convertirse en una totalidad ordenada. El derecho adquiere, en las palabras de Zagrebelsky,[430] una naturaleza dúctil, maleable (*mite*). Al tiempo que el sistema se vuelve más abierto y tolerante a los diversos valores sociales también se hace menos estable y más susceptible a los conflictos internos.

Con todo, sin adentrarnos en el interminable debate sobre los grados de coherencia y unidad que se requiere del orden jurídico, es posible afirmar que dos normas de contenido incompatible pueden ser igualmente válidas, pero nunca igualmente aplicables a un mismo caso concreto. Es una imposibilidad lógica insuperable. En los sistemas de enunciados deónticos, cada acción individual solo puede ser considerada o facultativa, o prohibida, u obligatoria.[431] A cada supuesto de hecho que se presenta puede ser atribuido solamente uno de estos juicios deóntico, que son excluyentes entre sí. Una conducta no puede ser a la vez facultativa y prohibida; o prohibida y obligatoria; o, aún, facultativa y obligatoria. Según el principio de identidad o no contradicción, “es imposible que

[427] Cfr. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo, Malheiros, 2010, p. 78 y ss.
[428] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios..., cit.* p. 76.
[429] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 28.
[430] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil…, cit.*, p. 14.
[431] Lo que no quiere decir que todas las normas del sistema jurídico son prescriptivas de obligaciones, prohibiciones o facultades.

dos afirmaciones contradictorias sean verdaderas a la vez respecto de lo mismo".[432]

Así pues, el pluralismo es una condición de partida del sistema, pero no de llegada, puesto que para cada acto concreto de la vida solo habrá una consecuencia jurídica, aunque abstractamente se permitan consecuencias diversas. Por lo mismo, el ordenamiento jurídico necesita de una fuente de atribución de coherencia y unidad a sus normas, una fuente que defina de forma definitiva la solución de las antinomias del sistema. Pese a la transcendencia de las transformaciones sufridas por el Estado desde el siglo XIX, que lo han vuelto más dúctil, advierte Balaguer Callejón[433] que "los elementos que se consideraban sustanciales e inherentes a la condición del ordenamiento jurídico se mantienen: la unidad, la plenitud y la coherencia"

En los Estados constitucionales del siglo XX, gracias a la diversidad de principios jurídicos protegidos por la Constitución, corresponderá esencialmente al poder judicial la labor de reconducir el sistema a la unidad. Sin embargo, los órdenes jurídicos contemporáneos no han definido los criterios para la solución de las aporías resultantes de la pluralidad de valores del sistema. Dada la multiplicidad de fuentes y, principalmente, la naturaleza fluida de los principios, especies de enunciados que no disponen directamente sobre la conducta a adoptar en el caso concreto, los criterios tradicionales de solución de antinomias – el criterio jerárquico, cronológico y de especialidad – ya no son suficientes para reconducir las normas del sistema a un contenido coherente.[434]

Por esta razón, la doctrina se ha inclinado hacia el problema de la hermenéutica constitucional, pero los criterios apuntados para la coordinación práctica de las contradicciones se han mostrado en la realidad insuficientes para dotar al orden jurídico de la certidumbre exigida por el principio de seguridad jurídica, que requiere el conocimiento no solo del contenido de la norma considerada aisladamente, sino también de las posibilidades de contenido que la norma ofrece al interactuar con las demás normas del sistema.

---

[432] ARISTÓTELES. *Τὰ μετὰ τὰ Φυσικά.* 384 a.C.- 321 a.C.; versión en español, *Metafísica*. Madrid, Editorial Gredos S.A., 1994, p. 197.

[433] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del Derecho, espacios*…, *cit.*, p. 187.

[434] Francisco Balaguer Callejón (*Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 95) destaca que "la proliferación de categorías normativas y de principios estructuradores no ha ido acompañada siempre del necesario desarrollo dogmático, y menos aún de las técnicas imprescindibles para asegurar la correcta incardinación de las nuevas estructuras en el viejo ordenamiento.".

Entre los diversos criterios hermenéuticos que se han propuesto, se plantea que la integración de las normas debe darse bajo los principios de concordancia práctica y de la máxima eficacia de la Constitución, la cual exige que la solución de los problemas llegue con la máxima efectividad a cada uno de los principios en confrontación y, además, conserve lo máximo posible la esencia de cada uno de ellos. Sin embargo, no se dispone sobre los criterios que el intérprete debe adoptar para alcanzar estos resultados. Es lo que admite Konrad Hesse,[435] uno de los precursores de la defensa de este nuevo modelo de Estado:

> "[…] Acerca de lo que sea proporcional en cada caso el principio no dice nada; sin embargo, en tanto que criterio orientador contenido en la Constitución y por lo mismo vinculante, indica la dirección y determina el único procedimiento a través del cual debe buscarse una solución constitucional."

Como consecuencia inevitable, habrá un deterioro de la cognoscibilidad previa de la conducta considerada jurídicamente válida, puesto que dependerá en gran medida de una integración realizada por el poder judicial sin criterios muy sólidos. Esta indeterminación del contenido del derecho llevará, a su vez, a una mayor dificultad para determinar cuál será la conducta de la Administración que atienda al principio de legalidad, pero no por un cambio en la naturaleza de la vinculación de la Administración Pública a la ley, sino por la debilitación del contenido mismo de las normas, que dependerán a menudo del resultado de la concordancia práctica entre los diversos y contradictorios valores y principios acogidos en el sistema.

El principio de legalidad depende ahora no solo de las leyes, sino, en un nivel más elevado, depende fundamentalmente del Poder Judicial, en especial, del Tribunal Constitucional, que es quien tiene la potestad de decidir respecto de los conflictos de valores entre las diversas normas del sistema y de su adecuación práctica con los principios y garantías constitucionales. En definitiva, como advierte Roberto Bin,[436] "los derechos son hoy lo que dice el Tribunal Constitucional", lo que exigirá de la Corte Constitucional una labor para mantener

[435] HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45-46.
[436] BIN, Roberto. *Che cos' è…, cit.*, p. 8.

su integridad ante los intereses político-sociales en pugna, evitándose que el tribunal sea cooptado por algún grupo y se convierta en un actor político en vez de en un árbitro imparcial. La "ductibilidad" del derecho contemporáneo exigirá, además, del tribunal constitucional una coherencia en el devenir de su jurisprudencia, que no puede cambiar al sabor de los intereses en juego, ni dar vuelcos inesperados que rompan las legítimas expectativas de los ciudadanos respecto del contenido de sus derechos.

Kelsen[437] ya había percibido el peligro de que el control de constitucionalidad de las leyes llegara al "secuestro" de la soberanía popular por el Tribunal Constitucional. Ante la abstracción de conceptos como los de "justicia", "libertad", "igualdad", "moralidad", etc., reconocer al Tribunal Constitucional la potestad para determinar concretamente el significado de estos principios sería, según el jurista austríaco, concederle una "hoja en blanco" y hacer del tribunal mismo el verdadero poder constituyente soberano. Como solución, Kelsen planteaba, de acuerdo con su pensamiento formalista, que la Constitución debería abstenerse de utilizar conceptos abiertos o, por si acaso estableciera principios, debería formularlos de una manera tan precisa como fuera posible.

Por supuesto que la solución de Kelsen vacía el contenido de la Constitución, convirtiéndola en mera norma de distribución de competencias, y, por ende, deja los derechos de los ciudadanos al antojo de la mayoría política ocasional. De esta manera, no es posible regresar a un Estado en el que la Constitución no proclame valores innegociables, que deben ser respetados independientemente de la voluntad de la mayoría política. Todos los seres humanos, indistintamente, tienen una dignidad que justifica que les sea garantizado un grado mínimo de integridad física, libertad, propiedad, entre otros derechos que son fundamentales al libre desarrollo de la personalidad humana.

Así pues, la solución no pasa por el alejamiento de estos principios de la Constitución, sino por el compromiso social de que el poder judicial no participará activamente del juego político, ni avocará para si el rol de *summo* intérprete de las necesidades y deseo de la población o del oráculo que adivina la dirección correcta en el futuro. Desgraciadamente, cada vez es más frecuente el abuso de

[437] KELSEN, Hans**.** *La garantía jurisdiccional de…, cit.*, p. 287.

la función del poder judicial, que sustituye al poder legislativo, determinando no solo lo que el derecho es (*lex lata*), sino lo que debe ser (*lex ferenda*), función que cabe privativamente a los órganos que han recibido potestad legislativa. El poder judicial también ha usurpado con frecuencia la función administrativa del Estado, decidiendo lo que debe ser hecho por la Administración en situaciones concretas en las que la ley y el orden jurídico ha dejado a la Administración la discrecionalidad para evaluar la acción más adecuada a realizar.

La pluralidad de valores protegidos por el orden jurídico hace que sea una tarea cada vez más difícil para las fuentes del orden jurídico la definición segura de las reglas de conducta válidas. La intervención del poder judicial se hace cada vez más necesaria para determinar el contenido de las normas vigentes, por lo que las decisiones del poder judicial pasan a integrar el núcleo del principio de legalidad y, de esta manera, se exige de estas decisiones los mismos supuestos exigidos a la ley: que sean aplicables a todas las personas y a todos los hechos que encajen en la descripción de la norma, que los supuestos en los que están basadas sean previos a la decisión, que sus efectos sean previsibles y resulten lógicamente de las fuentes que le dan fundamento.

En los ordenamientos jurídicos complejos y plurales, por lo tanto, la legalidad impone que el poder judicial sea íntegro en su jurisprudencia, que debe ser estable y previsible, además de debidamente fundamentado, capaz de llevar el orden jurídico a la unidad y, consecuentemente, la seguridad jurídica que reclama el principio de legalidad.

El carácter más fluido de las normas de los órdenes jurídicos contemporáneos, sin embargo, no cambia la vinculación de la Administración a la ley, pero impone que la determinación de la conducta a adoptar no resulte de la aplicación directa aislada de la ley, sino que la aplicación de la ley observe los demás elementos de integración del orden jurídico, en especial, la jurisprudencia de la corte constitucional, que es quien en definitiva tiene la competencia para interpretar el sentido y alcance de los principios y normas constitucionales.

3.8. El Estado social

Superado el antiguo régimen, no fue reemplazado por el prometido Estado en que “no hay, para ninguna parte de la Nación, ni para ningún individuo,

privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses" (preámbulo de la Constitución de 1791) y en el que "Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir" a la elaboración de la ley, "personalmente o a través de sus Representantes" (art. 6º de la Declaración de 1789). Aunque la situación jurídica del campesinado y de la clase baja de trabajadores hubiera mejorado considerablemente, especialmente tras la abolición del régimen feudal y de la servidumbre personal por el Decreto de 4 agosto de 1789, el tantas veces prometido mundo fraterno de iguales no se cumplió.

Del lema de la revolución francesa – "*Liberté, Égalité, Fraternité*" – solo la libertad[438] es realmente perseguida y adquirida en su plenitud. La fraternidad se limita, *grosso modo*, a la abolición de las penas consideradas crueles. La igualdad la que persiguen los liberales, a su vez, es una igualdad meramente formal, consustanciada básicamente en la igual posibilidad de actuar sin ningún impedimento del Estado.[439] Es sobre todo la extinción de los privilegios y deberes feudales y el reconocimiento de un mismo estatus civil a todos los ciudadanos. Los derechos que resultan de este estado civil son derechos de libertad: libertad de iniciativa, de conciencia religiosa, de circulación, de manifestación del pensamiento, de reunión, entre otras. Las libertades liberales habían librado a los hombres de la servidumbre, pero no de la miseria. Como bien dijo Georges Ripert,[440] la libertad liberal permitía todo y no daba nada.

El problema de la distribución de la riqueza y de las oportunidades sociales ya ocupaba el debate público, incluso derechos sociales han sido reconocidos en la Constitución francesa de 1791, como por ejemplo el deber

[438] La libertad entendida como ejercicio de libertades fundamentales o no limitación a la acción humana por el Estado en la esfera privada del individuo, concepto de libertad que Bobbio (*Teoria Geral da… cit.,* p. 101) ha llamado de libertad liberal.

[439] Ni todos liberales estaban satisfechos con la mera igualdad formal. Ya había desde los albores del liberalismo algunos que luchaban por la igualdad real de las condiciones materiales de vida. Así, la "Conspiración de los Iguales", movimiento revolucionario, encabezado por François Babeuf, que en el año 1796 intentó derrocar al gobierno del Directorio en Francia. La conspiración divulgó un manifiesto, redactado por Sylvain Maréchal, en el que hacía una dura crítica a la igualdad garantizada por la Constitución de 1795 ("La igualdad no fue más que una bella y estéril ficción de la ley") y reivindicaba la igualdad de condiciones materiales ("Queremos la igualdad real o la muerte"). Sin embargo, estos movimientos que predicaban una igualdad radical no tendrán ningún éxito hasta el inicio del siglo XX. Cfr. TOUCHARD, Jean et al. *Histoire des idées politiques.* 1959; versión en español, *Historia de las ideas políticas.* Madrid, Tecnos, 1961, p. 365.

[440] RIPERT, Georges. *Aspects Juridiques Du Capitalisme Moderne*. 1946; versión en portugués, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1947, p. 21.

estatal de crear instituciones públicas de asistencia a niños abandonados e indigentes, ofrecer trabajo a los desempleados o educación gratuita desde la enseñanza básica. La Constitución de 1793, a su vez, garantizaba el derecho universal a la educación y la asistencia a los necesitados.[441] Sin embargo, estos derechos no se han hecho efectivos, sea por ausencia de instrumentos que les tornara jurídicamente exigibles, sea por la ausencia de voluntad política.

Por ello, la "cuestión social", como se pasó a llamar el debate sobre la pobreza y la desigualdad social, será el tema del siglo XIX. Tras la conquista de los derechos civiles, que garantizaban la igualdad formal de todos ante la ley y exigía del poder público el respeto a los derechos fundamentales de libertad, se requiere ahora la igualdad material, que exige que el Estado abandone la posición de mero policía (*gendarme*) de las libertades civiles, para convertirse en prestador de servicios.

La segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX estarán marcados por la difusión de revoluciones y movimientos populares que reivindicarán la actuación directa del Estado para mejorar las condiciones de vida de los grupos marginados, lo que llevará a Lorenz von Stein a decir en 1850 que había terminado la época de las revoluciones y reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales.[442] Estos movimientos llevaron a la formulación de un nuevo modelo de organización estatal, basado en el reconocimiento de la desigualdad material y pluralidad de intereses en el seno de la sociedad y en la obligación del Estado de satisfacer él mismo las necesidades materiales de los ciudadanos.

En el modelo del siglo XIX, el Estado estaba basado en el fundamento ético del respeto a la libertad y propiedad natural de todos los hombres, lo que se dice ya en el art. 2º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,[443] así que le competía al Estado un deber primario de abstención, de no interferencia en la esfera de los derechos naturales de libertad. Cualquier

---

[441] Cfr. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo, Atlas, 2014, p. 23.
[442] Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid, Alianza Editorial, 1977, p. 14.
[443] "Artículo 2. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."

acción que pudiera afectar a estos derechos debería estar precedida de la autorización de la nación a través de sus representantes electos.

La reserva de ley establecida en las Constituciones liberales del siglo XIX era, por lo tanto, el artilugio con el cual la sociedad garantizaba su autonomía ante el Estado. Cualquier intervención del Estado en la esfera de la sociedad solo era legítima cuando previamente estaba autorizada por la propia sociedad. Para los liberales, la sociedad era un "orden espontáneo dotado de racionalidad", por lo que el Estado no debía interferir en este orden natural sino cuando fuera necesario para "asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo".[444]

Sin embargo, ante la evidente desigualdad de fuerzas en las relaciones sociales, se abandona la convicción de que la sociedad debe regularse espontáneamente, y se reivindica la intervención directa del Estado en la sociedad para reparar las disfuncionalidades del sistema económico-social.

Entonces, para las teorías políticas que defienden el Estado social, la intervención del Estado en la sociedad más que posible es imprescindible. Por ello, el Estado asume la función de principal agente estructurador de la sociedad, lo que hace que las medidas de intervención directa en el espacio antes reservado a la sociedad (libertad y propiedad privada) dejen de ser excepcionales y se vuelvan la principal forma de actuación estatal.

Este nuevo modelo de Estado, al que se denomina de "Estado social", se construye a partir del fundamento ético de la dignidad humana[445] y de la justicia social, que imponen al Estado el deber de intervenir en la sociedad para la adopción de las medidas concretas idóneas para atingir estos objetivos. Por ello, esta nueva forma de actuar del Estado ya no es compatible con el concepto de soberanía nacional expresado por los revolucionarios franceses, que admite solo la ley como único instrumento legítimo que concede margen al Estado, que

---

444 GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones…, cit.,* p. 22.

445 Atienza (*Sobre el concepto de dignidad humana*. *En* Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. María CASADO (coord.). Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 73) destaca que la apelación a la dignidad humana es un rasgo común a todas las declaraciones de derecho, de ámbito nacional o internacional. Cita como ejemplos la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("Todos los seres humanos nascen libres e iguales en dignidad y derechos."), La Ley Fundamental de Bonn ("la dignidad del hombre es intangible.") o la Constitución española de 1978 ("La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.")

no puede ejercer ningún acto de autoridad sobre las personas sino mediante previa autorización legal. El Estado tiene ahora un deber primigenio de actuación que le llega directamente de los objetivos fijados en la Constitución.

A partir de la Constitución de Weimar de 1919, se elaboran declaraciones constitucionales de derechos sociales (protección del trabajo, seguridad social, asistencia a la salud, etc.) para ser implementados directamente por el Estado. Estos derechos son de aplicación directa y eficacia inmediata, por ello, no dependen de la intervención del legislador.[446]

Esta fuerza normativa reconocida a la Constitución afectará profundamente a la Administración Pública, que no necesitará de una ley que le atribuya la potestad para actuar en las materias relativas a la concretización de un derecho garantizado en la Constitución.

Permanece la exigencia de la atribución de una potestad para que el Estado pueda actuar, pero, a diferencia del Estado liberal, que reconocía solo a la ley la aptitud para atribuir poderes al Estado, en el Estado Social, la potestad del Estado viene en gran parte directamente de la Constitución.

Por su especial naturaleza, los derechos sociales exigen, por otro lado, la alteración en la forma de actuación del Estado. Los derechos sociales no son, como las libertades civiles y políticas, derechos negativos de protección contra la intervención de terceros, sino que son derechos que exigen prestaciones positivas.

Este cambio en la forma de actuar del Estado tiene una importancia transcendente en la configuración del principio de legalidad administrativa. La idea de una reserva general de ley para las intervenciones en la libertad y propiedad privadas, como postulado en el Derecho alemán, resulta de la visión liberal de que la sociedad debe ser gobernada por la libre iniciativa, donde el desarrollo de las potencialidades personales estaría a cargo de cada uno. Cualquier intervención en el espacio reservado de la sociedad debería ser previamente aprobada por la propia sociedad. A partir del momento en el que se reconoce al Estado el papel de agente estructurador de la sociedad, sus intervenciones en la esfera privada ya no son excepciones, sino la propia esencia de la acción estatal. Así, un supuesto principio de reserva general de ley para

[446] Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema…, cit.*, p. 80.

las intervenciones en la libertad y propiedad sería negar eficacia directa e inmediata a los derechos sociales previstos en la Constitución, además de ensanchar demasiado la tarea del legislador, que tendría que producir una inmensa cantidad de leyes para autorizar cada acción de la Administración.

Por otro lado, como bien advierte Balaguer Callejón,[447] ya que en el Estado social la intervención en la esfera privada es actividad corriente de la Administración, el planteamiento de la ley "como mero límite a los actos de intervención del Estado en la propiedad y la libertad de los ciudadanos podría dejar a la libre decisión del reglamento la mayor parte de la actividad estatal."

La multiplicidad y complejidad de las atribuciones de la Administración Pública exigen del orden jurídico un dinamismo y capacidad de adaptación que hace que las leyes dejen a la Administración un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre la mejor manera de actuación, decisión que depende de una evaluación de oportunidad y conveniencia que el cuerpo técnico administrativo está más preparado para hacer.

En la medida en que se dirigen a hacer posible la igualdad concreta de sujetos en situaciones desiguales, los derechos sociales exigen a menudo la evaluación individualizada de la medida a ser adoptada por la Administración para su satisfacción, lo que hace que la ley, general y abstracta, no sea suficiente para definir el contenido de la acción administrativa.

Esta necesidad de una evaluación casuística de la mejor forma actuar de la Administración Pública llevará, asimismo, a un cambio en el propio contenido de las leyes. En el modelo del Estado liberal decimonónico, la ley regulaba de forma general un supuesto de hecho, determinando deberes y obligaciones cuyo contenido estaba predeterminado en la ley. En el Estado social, hay una proliferación de leyes que no determinan directamente los derechos y obligaciones, sino solo los objetivos a ser alcanzados (p. e., la erradicación de la pobreza, la disminución de la desigualdad social, la universalización del derecho a la asistencia médica, etc.) y que, por ello, dejan a la Administración un gran margen de libertad para la elección de la conducta más adecuada para alcanzar la finalidad prevista en la ley.[448]

[447] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 190.
[448] Cfr. MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a…, cit.*, p. 130.

En las palabras de Zagrebelsky:[449]

> "La ley, por ello, ya no es más necesaria ni suficiente para determinar la conducta de la Administración Pública. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos."

3.9. El Estado de la sociedad del riesgo

La Revolución Industrial, especialmente a partir de los notables avances del siglo XX, ha llevado a la potencialización exponencial no solo de la capacidad de la técnica para solucionar problemas sino, además, a un efecto colateral no deseado, que es la potencialización exponencial de los riesgos de daños resultantes de la intervención humana.

La actividad humana, que antes tenía efectos muy reducidos en la realidad de las cosas, adquiere, con las nuevas técnicas de trabajo y producción, la capacidad de efectuar grandes transformaciones, lo que lleva, sin embargo, a la posibilidad de generar grandes daños, que pueden representar un peligro para la propia existencia humana, como los daños ambientales y los resultantes de las actividades nucleares.

En esta sociedad dominada por técnicas cada vez más complejas, denominada por el sociólogo alemán Ulrich Beck de "la sociedad del riesgo", se hace necesaria una más grande intervención de profesionales con conocimientos técnicos específicos en las decisiones del Estado.

---

[449] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil…, cit*., p. 35.

Según destaca Ángeles Galiana Saura:[450]

> "Las leyes, en la actualidad, son cada vez más técnicas y complejas, y regulan aspectos muy concretos de la vida económica y social de la comunidad. Por ello, resulta muy difícil la regulación de estas materias sin el asesoramiento de personas que, por su dedicación continua a los temas en cuestión, puedan proporcionar la información adecuada."

El legislador, que no tiene los conocimientos técnico-científicos necesarios, cede espacio a los equipos técnicos de los órganos administrativos, que interfieren cada vez más en las decisiones del Estado. Como consecuencia, las leyes a menudo se limitan a regular tan solo los aspectos más generales de los temas, dejando un gran margen de discrecionalidad técnica para la Administración. Es el fenómeno cada vez más presente de las llamadas leyes-cuadro, que se limitan a la "fijación de criterios generales y remisión a reglamento de todo desarrollo posterior".[451] Además, se reconoce a los órganos técnicos de la Administración potestad legislativa para la regulación de estos aspectos técnicos.

Por otro lado, el dinámico avance de la técnica y la necesidad de enfrentarse pronto a los riesgos potenciales justificarían que la toma de decisiones fuera trasladada del proceso legislativo parlamentario, cuyo trámite es lento y los resultados son inciertos, al proceso administrativo, cuya centralidad de comando y ausencia de contradicciones garantizan la celeridad y certidumbre de resultados necesarios para la eficacia de las medidas.

El proceso legislativo no sería apto para responder con la velocidad y actualización que la técnica requiere. Como respuesta a esta demanda de rapidez y conocimiento técnico, una parcela significativa del poder decisional es trasladada a la Administración, que pasa a tener una vinculación más débil con la ley, que debe tan solo disponer sobre los principios básicos de la acción administrativa. De esta manera, hay un descenso de la función legislativa parlamentaria, que pierde mucho de su finalidad fundamental de determinar el Derecho, puesto que pasa a dictar regulaciones más generales, transfiriendo al

[450] SAURA, Ángeles Galiana. *La legislación en el Estado de Derecho*. Madrid, Dykinson, 2003, p. 54.
[451] MORALES, Ángel Garrorena. *El lugar de…, cit.,* p. 33.

Poder Ejecutivo la función de determinar los aspectos más específicos de su actuación, según la valoración técnica del propio Poder Ejecutivo.[452]

El Parlamento sería, además, muy vulnerable a la influencia de los grupos de presión, especialmente de los poderes económicos, lo que recomendaría que el órgano de representación popular sea alejado de las decisiones respecto a aspectos técnico-científicos, que deben ser confiadas a órganos técnicos de la Administración dotados de autonomía para que puedan decidir en base a aspectos puramente técnicos. Por ello, desde mediados del siglo XX, se produjo una proliferación de órganos administrativos independientes, no directamente subordinados a ningún poder de naturaleza política, especialmente en el sector de regulación y control de la actividad económica.

Así que la definición de lo que debe hacer la Administración dejaría de ser un asunto político, que compete al Parlamento, órgano de representación de la soberanía, y pasa a ser un asunto técnico, que compete a los órganos técnicos de la propia Administración.

La existencia de estos órganos administrativos dotados de mayor autonomía de actuación se relaciona con el fenómeno de la creciente descentralización a que la actividad administrativa ha sido sometida a partir del siglo XX, y, de la misma forma, no cambia los fundamentos del principio de legalidad. No hay entidad ni autoridad inmune al Derecho en general y al principio de legalidad en particular.

[452] TORRES, Silvia Faber. *A flexibilização do..., cit.*, p. 61.

PARTE III – LA DOGMÁTICA DE LA LEGALIDAD

4. LA DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

4.1. La legalidad como forma específica de actuar del Estado

La legalidad es, ante todo, la específica forma de actuar del Estado de Derecho, donde todo poder político está sometido al control del Derecho. En este sentido, la legalidad no se refiere específicamente a ninguna especie de norma, sino que la acción del Estado debe atender a estándares jurídicos extraíbles directamente de la propia idea de Estado de Derecho.

Ante la igual dignidad de cada uno de los hombres y mujeres, el poder político es ejercido en beneficio de todos (finalidad) y por atribución de todos (legitimidad), por lo que la voluntad de la colectividad, manifestada a través de la ley, tiene una primacía ante las demás fuentes de donde emanan normas jurídicas positivas.

En el Estado de Derecho, además, ante la inexistencia de poderes políticos innatos, la obediencia le es debida a la ley, general e impersonal, y no a la voluntad personal y arbitraria del gobernante.

La ley garantiza el ejercicio de la libertad humana, al definir previamente las conductas aprobadas o desaprobadas por el ordenamiento jurídico y las respectivas consecuencias resultantes de su cumplimento o incumplimiento, prohibiéndose que las consecuencias de las acciones humanas estén a merced del arbitrio o capricho de quienes ejercen el poder político.

Gracias a la primacía de la ley sobre los actos administrativos, concretos o abstractos (reglamentos), se garantiza que la conducta de la Administración Pública no sea arbitraria, puesto que está limitada por criterios previamente establecidos. Estos criterios, además, regulan la acción de todos, indistintamente, no habiendo personas – naturales o jurídicas – exentas de obediencia a las prescripciones del orden jurídico. Estas prescripciones, además, se dirigen a situaciones futuras, abstractamente consideradas, y no a situaciones concretas predeterminadas.

4.1.1. La acción bajo normas

En las sociedades aristocráticas la obediencia se debe a la natural superioridad (de fuerza, sangre, conocimiento, etc.) del líder. Las leyes no son más que órdenes directamente dadas por el gobernante y su cumplimiento solo es la consecuencia de la necesaria sumisión del súbdito. El incumplimiento de la ley es una afrenta directa a la persona del gobernante.[453] La obediencia se debe efectivamente a la persona del líder y no a las leyes, que solo son obligatorias mientras la persona del gobernante lo exija. El gobernante está por encima de las leyes. Su supremacía es el fundamento de validez de las leyes (*rex facit legem*) y, por ello, puede dejar de aplicarlas a su antojo, puesto que la validez de una ley depende siempre de su voluntad.

En las sociedades así organizadas, las personas no son libres, sino siervos del gobernante, que tiene un poder personal sobre sus vidas. La fortuna de los gobernados depende exclusivamente de la voluntad arbitraria de quien manda.[454] Hay una ruptura del imperativo categórico de libertad expuesto por Kant,[455] según el cual los seres humanos existen como un fin en sí mismos, no como un medio para el uso arbitrario de la voluntad ajena.

Por ello, desde tiempos lejanos ya se cuestionaba la legitimidad de un gobierno basado en la obediencia a la persona del gobernante y se planteaba la idea de la legitimidad del gobierno basado en la obediencia a la ley. En la Grecia antigua, Aristóteles[456] cuestionaba "si conviene más ser gobernados por el mejor hombre o por las mejores leyes." La respuesta es categórica: "Los que consideran conveniente la monarquía opinan que las leyes hablan sólo en términos generales, y no dan disposiciones para los casos concretos, de modo que en cualquier arte es insensato mandar según la letra de las normas. (...) Sin embargo, ese razonamiento general deben poseerlo los que mandan, y es mejor aquello en que no se da en absoluto lo pasional que aquello que es innato. Esto,

[453] Siendo la ley la expresión directa de la voluntad del soberano, su incumplimiento se entendía como una afrenta directa al monarca, por lo que el castigo era casi siempre excesivo, muchas veces un espectáculo público de tortura, para demostrar la disimetría de fuerzas a favor del rey y, por ende, hacer desistir de cualquier tentativa de desafío de su poder.
[454] Cfr. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico: el debate sobre la legalidad del exterminio nazi.* Barcelona, Atelier, 2018, p. 177.
[455] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica..., cit.*, p. 68.
[456] ARISTÓTELES. *La política*…, *cit.,* p. 201.

en efecto, no existe en la ley, en cambio toda alma humana lo tiene necesariamente."

Incluso Platón,[457] para quien un gobierno aristocrático era preferible a una democracia, también destacaba la necesidad de un gobierno basado en la obediencia a la ley:

> "A los que ahora se dicen gobernantes los llamaré servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello, más que ninguna otra cosa, determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación"

El gobierno ejercido bajo normas no tiene ya el poder de determinar arbitrariamente las consecuencias de sus actos y de los particulares. El gobierno se convierte él mismo en súbdito, sin poder hacer más de lo que le autorizan las normas.

Este es el primer paso rumbo a la afirmación de un principio de legalidad. Pero, se hace necesario un paso adelante: la especialización del aparato de su ejecución, que debe ser público, es decir, la fuerza física que ejecute y garantice el cumplimiento de las normas no puede ser propiedad de nadie.

Necesaria se hace, además, la especialización de las normas jurídicas, que deben diferenciarse orgánica y funcionalmente de las demás normas sociales (normas morales, religiosas, etc.).

El principio de legalidad, por ello, es un corolario del Estado de Derecho. Todo poder político debe quedar bajo el control del derecho, sin excepción. No hay valor, interés o poder que autorice una acción al margen del derecho. No hay nadie que se exima de la sumisión al orden jurídico. No hay situación o hecho que justifique el alejamiento de las normas del orden jurídico. Hasta las situaciones excepcionales son reguladas por el propio derecho.

De esta manera, la acción de la Administración siempre estará sometida al orden jurídico, no admitiéndose ninguna justificación ("imperativos de

[457] PLATÓN. *Νόμοι.* 427 a.C. - 347 a.C.*;* versión en español, *Las Leyes*. Madrid, CEC, 1983, p. 145.

seguridad nacional", "defensa del régimen político", "preservación del orden público", "salvación de la nación") para el alejamiento de cualquier norma sino en las hipótesis reguladas por el propio orden jurídico. No se admite ya la división entre actos sometidos al control jurídico y actos incontrolables (los famosos actos de gobierno o de soberanía).

En este estado de cosas, al que Max Weber,[458] llama de "autoridad racional-legal", los medios de coacción están claramente definidos y su uso está sujeto a condiciones predefinidas y no están a disposición de nadie, sino que deben obedecer solo a los mecanismos institucionales que le sirven de forma y fundamento.

La legalidad, en este primer sentido, es el postulado básico de que no es la voluntad de uno el fundamento de legitimidad de la acción del Estado, sino el resultado de un conjunto de decisiones tomadas por la colectividad, bajo los límites de valores que le sirven de fundamento. Es la antípoda de la frase atribuida a Luis XIV de Francia: "*Je suis la Loi, Je suis l'Etat; l'Etat c'est moi.*" El Estado bajo normas es el Estado en que la ley no queda al antojo de nadie, sino que es la expresión de un poder institucionalizado y por encima de cualquier voluntad en particular.

4.1.2. La finalidad del ejercicio del poder político

En la portada del salón de la cúpula del parlamento suizo se pueden leer las siguientes palabras en latín: "*Salus populi suprema lex esto*". "La salvación del pueblo es la ley suprema." Estas palabras dichas por Cicerón[459] en su libro "*De legibus*" definen la finalidad de la función legislativa: la búsqueda de la satisfacción del interés de toda la colectividad. Más que una simple declaración de principios, la búsqueda del interés público es el fundamento de validez mismo del orden jurídico en el Estado democrático.

Como muy bien enfatiza Antonio Manuel Peña Freire,[460] siguiendo las enseñanzas de Lon Fuller, para la existencia de un principio de legalidad es

[458] Cfr. PARSONS, Talcott. *The theory of social and economic organization*. New York: Free Press; London: Collier Macmillan, 1964, p. 330.
[459] CICERÓN, Marco Túlio. *De legibus.* 106 a.C. - 43 a.C*;* version en español, *De las leyes.* UNAM, 2016, p. 73.
[460] PEÑA FREIRE, Antonio Manuel*. Legalidad y orden…, cit.*, p. 152

necesario que el orden jurídico tenga algunas características que son intrínsecas al principio de legalidad.[461] Así, no basta con que el poder político sea ejercido bajo unas reglas. Es necesario, asimismo, entre otras exigencias, que sea ejercido en beneficio de toda la colectividad. Partiendo del valor de la igual dignidad de todos los hombres y mujeres, ningún poder es legítimamente ejercido cuando tenga como finalidad el beneficio o perjuicio de uno o algunos.

El principio de legalidad determina, por lo tanto, algo más que la forma de la acción del Estado. Determina también la finalidad: la satisfacción del interés de toda la colectividad, indistintamente.

En los Estados que se fundan sobre los fundamentos de la natural libertad e igual dignidad humana, las prerrogativas otorgadas a la Administración están justificadas siempre y solamente en tanto que imprescindibles para satisfacer las necesidades específicas de la ciudadanía. Esto se debe a que el administrador, como órgano al cual se imputa la voluntad del Estado, no es más que el depositario de los bienes e intereses puestos a su administración, ya que el poder emana del pueblo, como sociedad organizada, y en su beneficio debe siempre ser ejercido, según el principio de soberanía popular.

A diferencia de los particulares, que son libres para determinar los designios de su acción, el Estado solo puede actuar en la búsqueda de la satisfacción del interés de la colectividad según lo dispuesto en la norma de competencia.

En los poderes políticos del tipo "racional-legal", regido por normas, el administrador no actúa según su voluntad personal, sino en persecución del bien común. Por esta razón, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés creó la figura del recurso de desviación de poder (*détournement de pouvoir*), para la anulación de los actos administrativos cuya finalidad fuera la satisfacción de un interés privado u otro interés no previsto en ley (cfr. el *Arèt Lesbat*, de 25 de febrero de 1864).

[461] Lon Fuller habla de "principios morales" de la legalidad, lo que levanta el (interminable) debate sobre la independencia entre la moral y el derecho. Sin embargo, no es necesario recurrir a un concepto moral para justificar que el principio de legalidad exige que la finalidad del orden jurídico sea la satisfacción del interés de la colectividad. Está en el origen del principio de la legalidad la búsqueda por un régimen de gobierno no determinado al beneficio o perjuicio de nadie en específico, sino a la mejor ordenación posible de la sociedad, según reglas direccionadas a regular la conducta de todos, indistintamente.

El principio de legalidad determina una correlación entre medio y fines. Las potestades atribuidas a los agentes administrativos en realidad son meramente medios para la obtención de los fines previstos en la norma de competencia, que deben siempre ser un fin de interés de toda la colectividad. La actuación de la Administración es una actuación vinculada a los fines que justifican la atribución de sus poderes y, por ello, son ilícitos los actos administrativos que se desvían de estos fines,[462] lo que ha sido expresamente proclamado por la Constitución española de 1976:

> "Artículo 106.
>
> 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican."

Por ello, los privilegios y persecuciones, aunque basados en el orden jurídico, no atienden a la exigencia de legalidad. La "Ley para la protección de la sangre alemana y del honor alemán", del 15 de septiembre de 1935, ha sido aprobada por la unanimidad de los diputados del *Reichstag*. Sin embargo, la acción del notario que recusa firmar la escritura de matrimonio entre un judío y un alemán no judío ("súbditos del Estado de sangre alemana") cumplía la ley del Estado alemán, pero no es en definitiva una acción que atienda al principio de legalidad.

4.1.3. El principio democrático

La legalidad no se satisface, además, con la acción del Estado bajo normas dictadas en provecho de todos. Eso también los regímenes no-democráticos pueden hacerlo. Como resalta Ernst Wolfgang Böckenförde,[463] la monarquía ilustrada del siglo XIX aparentemente actuaba por el interés de todo el pueblo, pero sin que el pueblo tuviera cualquier participación en las decisiones del Estado. Esta forma de actuar del Estado estaba grabada en la máxima, de autoría desconocida, "todo para el pueblo, pero sin el pueblo".

La igual dignidad de todos los hombres y mujeres, y su libertad de autodeterminación, imponen que no solo las normas sean dictadas en beneficio

[462] Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.*, p. 95.
[463] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el…, cit.*, p. 50.

de todos, sino que sean asimismo dictadas por todos. No basta con que el poder sea ejercido "para el pueblo", hay que ser ejercido "para el pueblo y por el pueblo". Es el gobierno inaugurado por Estados Unidos, cuyo canon está resumido en las palabras finales del discurso del presidente de Estados Unidos, Abraham Lincoln, hecho en Gettysburg, Pennsylvania, el 19 de noviembre de 1863: el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo ("*government of the people, by the people, for the people*").

La legalidad, más que un gobierno bajo reglas es el gobierno bajo reglas dictadas por toda la comunidad. A partir del reconocimiento de la natural dignidad y libertad de las personas toda potestad de imperio debe estar legitimada necesariamente por el pueblo, según los cauces y procedimientos que este mismo pueblo haya determinado.[464]

Piero Calamandrei[465] hace la correcta distinción de que la legalidad de un Estado absolutista es solo mera apariencia puesto que, en definitiva, todo se resume a la voluntad del gobernante, aunque esta voluntad ya no sea una voluntad que pueda casuísticamente excepcionar lo que haya determinado de forma general en las normas que haya dictado. Aunque esta voluntad solo pueda manifestarse en la forma de normas generales, los ciudadanos son meros súbditos de una voluntad ajena, ante la cual "no pueden hacer más que obedecer y callar", lo que lleva a que permanezcan como siervos de esta voluntad y no hombres verdaderamente libres.

El pueblo, sin embargo, debe ser considerado como un agrupamiento de individuos que viven conjuntamente, pero que tienen intereses diversos – a veces antagónicos –, y no como una unidad de intereses, como había sido interpretada la Nación titular de la soberanía en el siglo XIX, especialmente bajo la influencia del concepto de voluntad general de la nación elaborado por Rousseau, que influyó no solo en la Revolución Francesa, sino que tuvo ecos en Europa durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX.

En las democracias contemporáneas, el orden jurídico ya no es la expresión del poder de un grupo político que se ha convertido en soberano, y que, por ello, impone su voluntad sin límites jurídicos. El Estado Constitucional de Derecho está constituido, al revés, por el acuerdo entre los diversos grupos

[464] Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el…, cit.*, p. 48.
[465] CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume III*…, *cit.*, p. 93.

políticos, con la finalidad de hacer posible la convivencia armónica entre estos grupos, según reglas procedimentales que reconocen a la mayoría el derecho de decidir, pero impone límites a la decisión de la mayoría, que debe respetar los derechos y garantías fundamentales de las minorías. Así que, al sentido tradicional de la democracia de gobierno de la mayoría, se le añade un concepto más, de democracia constitucional, que exige el respeto al derecho de las minorías.

El poder político, además, no se ejerce directamente por todo el pueblo, lo que es imposible en las sociedades de masa contemporáneas. Por ello, se crea una amplia cadena de adjudicación de potestades a personas específicas, que forman la estructura del Estado, y que ejercen directamente el poder político, pero siempre por atribución última de la colectividad, a través de los cauces reconocidos por la Constitución.

De la propia naturaleza de la organización de los poderes, surge el principio de la primacía de la ley: siendo la norma resultante de este procedimiento público en que a todos les es garantizada la participación, la ley tiene una legitimidad democrática que hace que, por regla general, sus disposiciones se sobrepongan a todas las demás normas dictadas o reconocidas por el orden jurídico.

De esta manera, la acción de la Administración cumple la exigencia de legalidad cuando se da según normas previamente elaboradas por los órganos legislativos, a través de un procedimiento público y abierto a la amplia participación de todos los sectores de la sociedad. Excepcionalmente se admite que la legitimación de la Administración provenga de normas dictadas por otras fuentes, pero, tratándose de hipótesis que son excepciones a la regla general, debe estar expresamente prevista en la Constitución y, además, nunca podrá eliminar la hipótesis de que la población pueda en el futuro cambiar la regla, devolviendo la competencia al Parlamento.

4.1.4. La previsibilidad de la acción del Estado: la seguridad jurídica

Los seres humanos somos una especie animal que no está cerrada en el presente. Somos capaces de anticipar el futuro haciendo proyecciones a partir

de los elementos que se presentan en el presente y del análisis del desarrollo de estos elementos desde el pasado. Plantamos la semilla de la naranja con la ilusión de que después de uno o dos años cosecharemos la fruta. Trabajamos toda la semana para el fin del mes recibir el sueldo. Pagamos el precio de venta del bien para que adquiramos su propiedad y podamos disfrutar de él sin oposición de terceros.

La acción libre, por lo tanto, depende de una regularidad que permita al hombre anticipar, de forma más o menos segura, las consecuencias en el futuro de su acción en el presente. La libertad humana, por lo tanto, solo se ejerce adecuadamente en las sociedades en las que las reglas son estables, donde cada uno sepa, con relativa seguridad cuál es el derecho vigente y, por ende, cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus actos. Esta previsibilidad es una de las características de un Estado de Derecho y solo puede ser alcanzada donde haya un alto grado de certeza respecto del derecho vigente, sea respecto a los efectos de las acciones del pasado (las decisiones firmes, los actos jurídicos perfectos y los derechos adquiridos), de las relaciones del presente, o respecto a los efectos futuros de las acciones del presente. Esta conexión entre pasado, presente y futuro, de manera que no haya sorpresas, acciones subrepticias, es una exigencia que se impone. En este sentido, el principio de legalidad se interpreta como la exigencia de un grado adecuado de certeza respecto a las normas vigentes y es garantizada bajo ciertos aspectos por la ley, cuya generalidad, abstracción, publicidad y no retroactividad le da los medios necesarios para dotar el sistema jurídico de previsibilidad.

Piero Calamandrei[466] resume de manera perfecta la exigencia de la certeza (o previsibilidad) del derecho:

> "Para que el individuo pueda decidir libremente conformar su conducta externa a la norma jurídica fijada como garantía y al mismo tiempo como límite a su libertad, esta norma debe preexistir a la acción y ser conocida de antemano por los invitados a cumplir: es decir, es necesario que el derecho sea cierto, para que exista la posibilidad práctica de que todos conozcan, antes de actuar, cuáles son las acciones permitidas y prohibidas, es decir, cuáles son los límites externos detrás de los

[466] CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume III*…, *cit*., p. 61.

> cuales puede ejercer su libertad en la vida social sin violar la libertad de los demás. Esta exigencia práctica elemental de toda convivencia civil debe aludirse cuando se dice que el primer paso de la legalidad es la certeza jurídica: que, para el ciudadano individual, significa subjetivamente la certeza de los límites de su propia libertad, es decir, la certeza de sus propios derechos y sus deberes."

La libertad solo es ejercida donde el individuo sepa previamente si su acción es aprobada o desaprobada por el ordenamiento jurídico y en qué medida, de modo que pueda elegir libremente el resultado que más le convenga, y le sea garantizado que el poder coercitivo del Estado solo será puesto en marcha en las hipótesis, dentro de los límites previamente determinados y, además, siempre será puesto en marcha cuando presentes las hipótesis que lo justifiquen. Así, el individuo se convierte en sujeto de derecho y obligaciones, titular de un derecho de protección del Estado en caso de cualquier oposición a sus intereses jurídicamente protegidos. En palabras de Piero Calamandrei,[467] "donde reina la ley, hasta el ciudadano más humilde puede mirar al poderoso que atenta contra su derecho a la cara, porque sabe que tiene la palanca en la mano para desencadenar el rayo de la justicia en su contra."

Schioppa[468] destaca que, entre los millares de quejas (*cahiers de doléances*) que fueron presentadas por la población francesa previa a la instauración de los Estados Generales de 1789, se destacaban aquellas dirigidas contra el poder discrecional de los tribunales soberanos de justicia, la oscuridad de las leyes y los abusos cometidos por los oficiales del rey. Desde luego, una de las reivindicaciones de la población, que se convirtió en una reivindicación de la propia revolución, ha sido la institución de un sistema jurídico en que la acción del Estado fuera previsible, en la que la persona tuviera la seguridad de saber cuáles eran sus derechos y obligaciones ante el Estado.

La historia de Voltaire es ejemplo de la imprevisibilidad de la acción del Estado francés. En 1717, fue enviado a la Bastilla por un poema que no había escrito y que, además, no reflejaba su opinión. Algunos años después, en 1725, fue golpeado por algunos lacayos de un duque, en presencia de su señor. Al

[467] CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume III*…, *cit.*, p. 76.
[468] SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito..., cit.*, p. 306.

quejarse a las autoridades no solo no obtuvo ninguna reparación por el daño, sino que, además, por haber presentado una queja contra un noble, fue condenado de nuevo a la cárcel.[469] Definitivamente, no era posible prever la reacción del Estado ante los acontecimientos.

El principio de legalidad reclama la previsibilidad de la acción de la Administración Pública, lo que se garantiza mediante la regulación de su conducta a través de normas prestablecidas, de conocimiento público, que regulan, sin excepción, todas las situaciones que se subsumen a su supuesto de hecho.

Aunque no se pueda, como han intentado los positivistas del siglo XIX, sacar de la ley resultados indiscutibles según criterios de exigencia científica, se exige que la acción de la Administración sea razonablemente predecible, que atienda a una expectativa mínima del ciudadano.[470]

La previsibilidad es obtenida fundamentalmente a través de la determinación previa y de conocimiento público de las reglas que rigen la acción del Estado. Los derechos y obligaciones del Estado y de los particulares deben estar previamente determinados, de manera que las consecuencias jurídicas de los actos de la Administración y de los particulares no dependa de la discreción del Estado. Se trata, pues, del principio de la irretroactividad de la ley, que ha sido inicialmente invocado en el derecho penal, expreso en el adagio "*nullum crimen nulla poena sine previa lege*", pero que se extiende a toda la acción del Estado. Un acto está regulado por una norma cuando el agente no tiene disponibilidad sobre los efectos de este acto, que están dispuestos en la norma. Estos efectos están determinados y, por eso, no pueden cambiar. La alteración posterior de la norma que regula la acción de la Administración, convirtiendo un acto ilícito en lícito, o cambiando las consecuencias de sus actos, solo afecta a los actos futuros.

La acción bajo reglas exige, evidentemente, que la regla esté vigente en el momento mismo de la acción puesto que la norma – y no la voluntad personal o cualquier otro factor – debe ser el elemento determinante de la acción de los agentes del Estado. Y una vez definido que la acción del Estado se fundamenta

[469] Cfr. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the…, cit.*, p. 111.
[470] MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a…, cit*., p. 128.

en una determinada norma, está vedado que, *a posteriori*, se quiera invocar otro fundamento para dicho acto.

La irretroactividad legal es, por ello, condición *sine qua non* para el ejercicio de la libertad en el estado civil. Así pues, ha sido una de las banderas de los revolucionarios liberales del siglo XVIII, que reivindicaban especialmente la protección contra la imposición por el Estado de cualquier pena al ciudadano sin que hubiera una ley previamente que prohibiera el acto. En la Declaración de Derechos del Estado de Virginia se prohibió la imposición de leyes que regularan hechos pretéritos (*ex post facto*),[471] así como en la Constitución del Estado de Maryland,[472] promulgada el mismo año. El alcance de la irretroactividad de las leyes en la Constitución del Estado de New-Hampshire, de 1784, ha sido más amplio, extendiéndose no solo a los asuntos penales sino además a todas las causas civiles. [473]

Posteriormente, la irretroactividad de la ley ha sido consagrada de forma más amplia por la Constitución de Estados Unidos, que prohibía las puniciones sin un juicio ("*bills of attainders*"), las leyes retroactivas y las leyes que modificaran retroactivamente cualquier obligación contractual ya constituida.[474] También los franceses, en 1789, declararon que "tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente" (art. 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

En materia penal, la irretroactividad se convierte en principio basilar, reconocido por la generalidad de la legislación que se promulgó a partir del siglo

---

[471] "Sección 9. Prohibición de fianzas y multas excesivas, castigos crueles e inusuales, suspensión del *habeas corpus*, leyes personales ("*bill of attainder*") y leyes ex post facto."
Los *bills of attainder* eran actos legislativos que declaraban a una persona culpable de traición o delito grave sin un juicio.
Los "bills of attainders" eran "leyes personales", de carácter individual (de ahí su carácter de acto concreto, aun dictado por el poder legislativo), que imponían a los colonos penas (de muerte o confiscación) retroactivamente, por hechos cometidos en el pasado.

[472] "Art. 17. Que las leyes retroactivas que castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, y que solo por ellas son declaradas criminales, son opresivas, injustas e incompatibles con la libertad; por tanto, no se debe hacer ninguna ley ex post facto; ni se impondrá ni exigirá ningún juramento o restricción retrospectiva."

[473] "Art. 23. [Leyes retrospectivas prohibidas.] Las leyes retrospectivas son sumamente lesivas, opresivas e injustas. Por lo tanto, no deben promulgarse leyes de ese tipo, ni para la decisión de causas civiles ni para el castigo de delitos."

[474] "Artículo I, Sección 9, Cláusula 3: No se aprobará ninguna ley personal ("*Bill of Attainer*") o ley *ex post facto*."

XVIII, como el Código Criminal austríaco de 1787 y la Ley Territorial General de los Estados Prusianos de 1794.[475]

La irretroactividad de la ley, sin embargo, no es un principio absoluto. Otros principios pueden eventualmente justificar la retroacción de una ley para afectar a actos y hechos pasados. La retroacción, sin embargo, es excepcional, y, de esta manera, además de carecer de una justificativa adecuada para desplazar el principio general de irretroactividad, debe estar expresamente prevista.

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos admiten la retroacción de la ley, pero, en general, en situaciones favorables a los ciudadanos (*v.g.*, cuando una nueva ley deja de considerar crimen un determinado hecho, lo que extingue la ilicitud incluso de los hechos practicados antes de la vigencia de la ley), y siempre protegiendo los derechos adquiridos. Así que la Constitución de España determina "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales" (art. 9.3), la Constitución de Perú solo admite la retroacción de la ley penal para beneficiar al reo (art. 103) y la Constitución de Portugal prohíbe la retrotracción de las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías (art. 18.3).

4.1.5. La libertad como principio fundamental

La acción de los seres humanos, al contrario que en los animales, no está predeterminada por los instintos. Aunque en el proceso de decisión que precede a la acción actúen factores bioquímicos, que no se pueden controlar, la acción humana no es el resultado inexorable de una cadena de causalidades. Por encima o al lado de estos factores bioquímicos, hay una dimensión simbólica en la existencia humana, que tiene la capacidad de, por medio de su acción, actualizar un universo de existencias posibles. A pesar de que las circunstancias (físicas, materiales, sociales, históricas) limiten las posibilidades, al hombre siempre le queda una multiplicidad de vidas posibles de ser vividas.

La vida se compone de una diversidad de decisiones entre acciones posibles que tienen la finalidad última de transformar en acto las potencias de la

[475] Cfr. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o princípio da reserva legal***.** Revista de direito penal, 1971, n. 1, p. 3.

naturaleza humana. Las decisiones humanas cotidianas no son, por ello, solo una respuesta definida por las circunstancias concretas inmediatas, sino que siempre tendrán una finalidad mediata de transformar en actos algunas de las potencialidades de la naturaleza humana, a través de decisiones basadas en la representación que cada uno hace de sí mismo en su estado de perfecta realización. Este estado de perfección puede ser representado[481] por la mente humana, pero no es pasible de comprobación, puesto que ante la posibilidad del hombre "ser o no ser" - el dilema de Otelo, de Shakespeare -, no hay como demostrar o verificar lo que el hombre debe ser.[482] No hay relación de causalidad necesaria en la acción humana. Es propio de la condición humana la capacidad de elegir la acción a ser adoptada, la razón por la que se adopta esta acción y también la finalidad de esta acción. A esta capacidad la filosofía la llama de libre albedrío o, más comúnmente, libertad.

Todos los seres humanos estamos dotados de la misma potencialidad para venir-a-ser todo lo que su naturaleza nos permite ser. Esta potencialidad es inherente a la condición humana, del más débil al más fuerte, del más pobre al más rico, todos, sin excepción, tienen la potencialidad para actualizar en sí un sinfín de posibilidades. Así, cualquier decisión de terceros sobre la esfera de acción de un individuo que limite de cualquier forma los medios del hombre para cumplir el destino que ha elegido libremente es, por definición, una anomalía de la naturaleza de las cosas. Tomando la lección de Kant,[483] cada ser humano existe como un fin en sí mismo, nunca como un medio para el uso arbitrario de otra voluntad.

Sin embargo, cuando dos o más individuos habitan el mismo espacio al mismo tiempo el contacto entre sus acciones es inevitable. Este contacto puede resultar indiferente para las personas involucradas, cuando consideran que los efectos de la acción del otro no afectan de manera relevante a sus propias

---

[481] La palabra "representar" viene del latin *repraesentare*, formada por el prefijo *re* (hacía atrás, repetición), *prae* (delante, antes) y *esse* (ser), significa el acto de traer a la presencia algo que no se hace presente. Cuando el ser humano decide la acción a adoptar, lo hace tras un proceso de representación de las posibilidades de acción que se le presentan, que son meras representaciones, puesto que solo el mundo resultante de la acción que se presentará concretamente como realidad.

[482] Como observa Chaïm Perelman (*Éthique et Droit.* Bruselas, 1990; versión en portugués, *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 281), el raciocinio práctico presupone la posibilidad de elección entre actitudes posibles, lo que excluye la necesidad lógica de la decisión.

[483] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica..., cit.*, p. 68.

acciones o expectativas. Pero también puede afectar significativamente al ámbito de la acción mutua. Esta afectación puede ser positiva, por la compatibilidad y afinidad entre las dos acciones, lo que se traduce en acciones colaborativas o, por el contrario, puede ser conflictiva, por la incompatibilidad e imposibilidad de coexistencia.

Como consecuencia de esta imposibilidad ontológica de existencia de acciones contradictorias sobre un mismo objeto al mismo tiempo, al menos una de las dos intenciones se verá frustrada. Para que la permanencia y armonía de la vida en sociedad sea factible existe, por tanto, una necesidad ineludible de establecer un elemento cultural (no natural) de limitación heterónoma de la libertad de los seres humanos.

Para que haya una imposición de límites entre la acción recíproca de dos individuos es necesario, a su vez, que haya un tercero con poderes para imponer y hacer cumplir la limitación. Por ello, de la necesidad de la vida en sociedad surge como consecuencia la adjudicación del poder político a uno o algunos miembros del grupo, que pasan a ejercer un dominio sobre los demás.

La libertad es un hecho que proviene de la naturaleza misma de las cosas. El poder político, a su vez, es artificial, es justificado por una necesidad social. En consecuencia, los límites de la intervención en la libertad resultarán de lo que hay de esencial en la libertad y de lo que hay de necesario en el poder político.[484]

Para la filosofía, el concepto de libertad es uno de los conceptos más debatidos a lo largo de la historia y de los cuales surge una multiplicidad de teorías, que analizan el fenómeno desde los más diversos ángulos. Como observó Montesquieu:[485] “No hay palabra que tenga más acepciones y que de tantas maneras diferentes haya impresionado los espíritus, como la palabra libertad.”

Isaiah Berlin, en un ensayo que se ha hecho clásico, divide todas las concepciones de libertad en dos: el concepto negativo de libertad, que considera libre a alguien que actúe sin la obstrucción de terceros; y el concepto positivo de

---

[484] Por ello, según observa Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, p. 43), “*a esfera da liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto é limitado o poder do Estado de nela interferir*”.

[485] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Del espíritu de*…, *cit.*, p. 102.

libertad, que considera libre solo a aquel que es capaz de realizarse por sí mismo, desarrollando racionalmente sus potencialidades lo que, a veces, necesita de la acción del otro, una vez que, en la vida en sociedad, la acción de uno afecta a la acción de los otros. El concepto negativo de libertad ha sufrido severas críticas, especialmente de los pensadores de la corriente socialista, a ejemplo de Karl Marx. Como cuestiona el propio Berlin,[486] ¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden hacer uso de ella? Por supuesto que para aquél que no ha podido estudiar y, por ello, es analfabeto, la libertad de leer el libro que le plazca no le beneficia para nada. Pero, aun sirviéndonos del pensamiento de Berlin,[487] no se debe confundir la libertad con sus hermanas igualdad y fraternidad. Libertad es la capacidad de autodeterminación, de decidir el sentido de la acción, pero nunca el resultado, puesto que este depende de factores externos al hombre, que no dependen de su voluntad y que están más allá de su control. No se debe confundir la libertad de acción con la capacidad de obtener el resultado pretendido. La libertad es la capacidad de definir el sentido de su acción y de emplear los recursos a disposición para obtención del resultado. La libertad no garantiza la disponibilidad de los recursos ni del ambiente o de la capacidad necesaria para la obtención del resultado.

El sentido jurídico de libertad no puede ser otro que la ausencia de coerción, es decir, la posibilidad de actuar según su propia voluntad, sin el impedimento de nadie.[488] Así que la libertad de locomoción es la posibilidad de uno para elegir donde quiere ir, aún que las circunstancias (por ejemplo, una enfermedad) no le permitan desplazarse. Libertad de cátedra es la libertad que tiene el maestro de exponer la materia según sus propias convicciones lo que, sin embargo, no le garantiza el conocimiento de la materia a ser enseñada. La libertad de comercio, a su vez, no está afectada por la baja del precio del producto, que hace que la venta sea perjudicial para el comerciante, o incluso por la plaga que destruye la plantación. En este último caso, la destrucción del producto que sería comercializado en el futuro por el granjero no le suprime la libertad de comercio. La libertad no asegura la capacidad para hacer algo, sino

[486] BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. 1969; versión en español, *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988, p. 194.
[487] BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre…, cit.*, p. 225 y ss.
[488] Véase CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume III…, cit.*, p. 59.

la posibilidad del individuo de hacer aquello que es capaz de hacer por sí mismo. Como dijo Hobbes,[489] "es un hombre libre quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea."

La libertad, en el sentido jurídico, por lo tanto, no tiene que ver con las condiciones materiales en las que se desarrolla la acción humana, sino con la condición política: es libre la acción humana voluntaria no limitada por ninguna voluntad ajena. La coerción del Estado es justamente el poder de intervenir en el espacio que uno podría actuar libremente.[490]

La libertad es una facultad propia del ser humano, no resulta de la permisión o tolerancia de quien tiene el poder de dominación social. El ser humano no necesita más que de sus propias facultades para ejercer su libertad y no está más limitado que por la naturaleza misma de las cosas. La libertad no se ejerce por atribución venida de un poder externo, sino que es una realidad empíricamente comprobable.

A partir del reconocimiento de esta capacidad de la persona humana de determinar sus propias acciones, las libertades no son "límites eventuales a un poder potencialmente omnicomprensivo", sino lo contrario: las libertades son, *a priori*, potencialmente indefinidas, salvo que se le sea impuesta, *a posteriori*, alguna limitación. "En una palabra, las libertades y no el poder público de coacción, son lo primero, el valor primariamente constitutivo".[491]

La libertad, más que una realidad, se convierte, entonces, en principio fundamental del orden jurídico, lo que ha sido reconocido por diversos Tribunales Constitucionales, como por ejemplo del Tribunal Constitucional español (Sentencia 83/1984, de 24 de julio), Tribunal Constitucional de Colombia (Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006), Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE* 10, 302), además de ser proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos."

---

[489] HOBBES, Thomas. *Leviatán o la…, cit.*, p. 171.
[490] BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre…, cit.*, p. 191.
[491] FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales… cit.*, p. 40.

De la libertad como principio se extraen tres importantes consecuencias: no hay limitaciones sociales naturales. Cualquier limitación de la libertad individual por la sociedad es el ejercicio de un poder político, por ello tiene que estar expresamente adjudicada a través del cauce socialmente legítimo y, además, debe estar motivada y tener la finalidad prevista en la norma de adjudicación. En las democracias no hay poderes de coerción constituidos sin una razón y una finalidad, aunque esta razón y esta finalidad se definan por medio de conceptos polisémicos como "seguridad nacional", "salud pública" o "interés social".

La segunda consecuencia es que, ante la ausencia de norma o la ausencia de criterios para la solución del conflicto entre una libertad y un acto de coerción del Estado, la solución debe ser siempre a favor de la libertad. La libertad se predica como principio general, no siendo legítimo imponer cualquier límite a la libertad en el caso de que no haya una norma que adjudique al Estado el poder de coerción en aquella situación específica. No se puede invocar ningún principio para la limitación de la libertad cuando no haya una adjudicación de un poder concreto y determinado de coerción. La libertad se convierte, de esta manera, en principio jurídico, traducido en lo que Luis Prieto Sanchís[492] llama de una norma general "de clausura del sistema de libertades", que hace que "todo lo que no está constitucionalmente prohibido u ordenado o, mejor dicho, todo lo que no puede ser prohibido o mandado con cobertura constitucional suficiente, debe considerarse jurídicamente permitido."

La tercera consecuencia es que, al contrario de la acción individual, que es naturalmente libre en sus motivos y finalidades, el poder de coerción solo está legítimamente constituido en casos justificados por una motivación válida, para alcanzar una finalidad específica y que resulte lógicamente como solución adecuada para dar una solución al problema que motivó su creación. No siendo el poder político un hecho natural sino, al contrario, un producto artificial de la voluntad humana es atribuido a alguien con una finalidad específica.[493]

---

[492] SANCHÍS, Luis Prieto. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. Pensamiento Constitucional, v. 8, n. 8, 2002, p. 92.

[493] Para Hobbes (*Leviatán o la…, cit.*, p. 141), por ejemplo, la finalidad de este poder es básicamente "asegurar la paz y la defensa común". Para detener la guerra de todos contra todos (*bellus omnium contra omnes*), representada por el monstruo Behemoth, los individuos, mediante un pacto, deciden formar un poder unitario al que todos han de someterse, un poder absoluto, el Leviatán, único capaz de detener la situación de permanente guerra del estado de naturaleza.

4.2. El principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho contemporáneo

4.2.1. Las transformaciones en la organización jurídico-política del Estado

Las transformaciones en la organización jurídico-política de las democracias occidentales apuntadas en el capítulo anterior resultaron en la construcción de un nuevo modelo de Estado, basado en supuestos sociales y jurídicos diversos de los del Estado legal de Derecho del siglo XIX, lo que resultará también en una diversa configuración del principio de legalidad administrativa, que no atiende ya a una vinculación absoluta a la ley, obligatoria para determinar todos los supuestos de cada acto de la Administración, pero, tampoco corresponde a una mera limitación externa de la acción del Poder Ejecutivo, que estaría libre para actuar en aquellos espacios no reservados a la ley.

De esta forma, la legalidad administrativa no se plantea en términos de vinculación positiva o negativa a la ley. Esta división, que corresponde básicamente a los dos modelos de legalidad de la Constitución francesa de 1791 y de los Estados alemanes de la primera mitad del siglo XIX, se ha convertido en un anacronismo en el Estado Constitucional de Derecho contemporáneo.

La idea de una vinculación absoluta de la Administración a la ley pierde su sentido desde el momento en que la Constitución se encarga ella misma de regular directamente las relaciones sociales, de modo que la acción de la Administración puede basarse ahora directamente en la Constitución, con independencia de la ley.[511] Asimismo, la vinculación absoluta a la ley solo se justifica en un sistema en que el Poder Ejecutivo no es verdaderamente un poder, sino simplemente un órgano de ejecución de las determinaciones del

---

Como consecuencia, más allá de la preservación de la vida y de la seguridad, no habría derechos innatos ante el Estado. Para Locke (*Segundo tratado sobre…, cit.*, p. 86), diferentemente, los hombres constituyen el gobierno justamente para proteger sus derechos naturales, "su vida, su libertad y sus bienes, frente a los daños y amenazas de otros hombres". Ya para Spinoza (*Tratado teológico-político*. Madrid, Tecnos, 1996, p. 125), el "verdadero fin del Estado es, pues, verdaderamente la libertad."

[511] Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema…, cit*, p. 80.

Parlamento, único órgano del Estado que se caracterizaría como un poder político. En los Estados contemporáneos, la Constitución impone, en la forma de principios, fines a ser perseguidos por el Estado que autorizan *per se* la actividad de la Administración. Algunos principios previstos en la Constitución tienen eficacia meramente programática, y, por ello, los poderes públicos no están obligados a desarrollar ninguna acción específica en su cumplimiento. Pero, en general, los principios constitucionales son de eficacia directa y aplicación inmediata por la Administración, que no necesita ningún desarrollo legal posterior para actuar en ejecución de estos principios constitucionales, excepto que la propia Constitución condicione la eficacia de su disposición a un futuro desarrollo por la ley.

La idea de una vinculación absoluta de la Administración a la ley tampoco es posible en un sistema normativo donde haya una pluralidad de fuentes normativas a que se reconoce el mismo valor (régimen jurídico) de la ley. En un sistema de esta naturaleza, el principio de legalidad se satisface con la referencia a cualquiera de estas normas con valor de ley, según sus esferas de competencia propia. Las normas que regulan la producción del derecho pueden, además, autorizar que la regulación de una materia resulte directamente de normas que no tengan rango legal, como es el caso de los casos en los que la Constitución autoriza una regulación independiente por un reglamento administrativo.

Por último, la apertura del proceso político a la participación de los diversos grupos sociales y territoriales llevó a la fragmentación de la racionalidad de las normas jurídicas, que ya no expresan valores homogéneos, sino que se fragmentaron en una multitud de normas, de rango legal o no, de contenidos diversos e incluso antagónicos. Como consecuencia, la determinación de la conducta de la Administración no resulta de la disposición de una sola ley, responsable de la regulación de esta especifica esfera de actuación del Estado, sino que la norma que efectivamente regulará la acción de la Administración será el resultado del proceso hermenéutico de la integración de una variedad de reglas y principios.

Las leyes, además, tienen no solo su forma sino también su contenido condicionado por la Constitución, que, en las democracias pluralistas, expresa una multiplicidad de principios antagónicos, de naturaleza relativa, lo que exigirá

del intérprete juicios de ponderación para determinar la norma jurídica a ser aplicada. Con estos juicios de ponderación, sin embargo, "no se logra una respuesta definitiva para todo supuesto de conflicto," […] "sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre las mismas normas; se trata, por tanto, de establecer lo que se ha llamado una "jerarquía móvil".[512] Por ello, la definición misma de la norma que determina la conducta de la Administración no se extrae solamente de la disposición de la ley. Depende de la integración con las otras normas del sistema, especialmente los principios constitucionales, que para la definición de su contenido concreto necesitan someterse a un juicio de ponderación que no puede realizarse ante la norma en abstracto sino ante una situación concreta en la que sea posible verificar la valoración que se debe dar a cada principio y valor en contienda.

La ley tampoco es una mera limitación externa de la acción del Poder Ejecutivo, que estaría libre para actuar en aquellos espacios no reservados a la ley. El Estado de Derecho, pese a sus diversas manifestaciones históricas,[513] puede ser conceptuado como el Estado en que el poder político solo es legítimo cuando ejercido según la forma jurídica, es decir, no hay un espacio protegido de la sociedad junto a un espacio en el que la actuación del Estado sea libre. Toda y cualquier manifestación de poder está sometida al Derecho, puesto que encuentra su fundamento ultimo siempre en la voluntad de la colectividad, expresada por medio de un sistema de normas jurídicas obligatorias y vinculantes.

Aunque se reconozca un margen de discrecionalidad para la acción de la Administración, esta libertad no se ejerce al margen del Derecho. Se ejerce según y en sus límites.[514] No hay, en el Estado de Derecho, espacios exentos de control jurídico. Por ello, el poder de la administración pública no es ilimitado cuando no sea objeto de alguna reserva de ley específica. Está siempre

[512] Cfr. SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta, 2011, p. 146.
[513] Sobre las experiencias históricas de Estado de Derecho, cfr. ZOLO, Danilo. *Teoria e critica dello Stato di diritto.* COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (eds.). *Lo stato di diritto: teoria, storia, critica*. Milán, 2002; versión en portugués, *Teoria e crítica do Estado de Direito*. *En* O Estado de direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11 y ss.
[514] Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.*, p. 403.

delimitado y solo es legítimo cuando es ejercido según los cauces y con los contenidos admitidos por el orden jurídico.

Las reservas de ley, por otro lado, tampoco están disponibles para el legislador, que no puede habilitar libremente la Administración para la normación de los ámbitos materiales reservados a la ley. Esta es una diferencia significativa con la configuración de las reservas de ley que se daba en el Estado Legal de Derecho, donde el legislador podía renunciar a la regulación legal de la reserva y transferirla al Poder Ejecutivo.[515]

La ley, además, ya no define libremente su extensión. Esta ahora condicionada por la Constitución, que impone límites materiales (contenidos) y formales, entre ellos, las reservas de ley, que se imponen no solo a la Administración sino también al propio legislador, que está obligado a establecer él mismo el régimen jurídico de las materias reservadas a la ley por la Constitución. Como muy bien destaca Balaguer Callejón: [516] "La reserva de ley, que en el Estado legal de derecho era una facultad del legislador, en el Estado constitucional de derecho es no sólo un límite al poder reglamentario sino también un límite al propio legislador."

4.2.2. El principio de constitucionalidad

Los dos modelos de legalidad administrativa que siempre se han tomado como referencia no sirven ya como parámetro adecuado desde los supuestos de los Estados Constitucionales de Derecho contemporáneos por la sencilla razón de que la ley ha sido desplazada de la posición de norma suprema que determina la producción de todas las demás normas del sistema. La ley no tiene ahora la capacidad incondicionada de regular la producción jurídica, ni siquiera, resalta Balaguer Callejón,[517] la de rango legal, como hacía en el Estado Legal de Derecho.

En el Estado legal de Derecho, la ley era la norma suprema, de ahí que el principio de legalidad era el principio básico del sistema jurídico. La ley determinaba la eficacia y validez de las otras normas del sistema y los poderes

[515] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 190.
[516] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Control de constitucionalidad…, cit.*
[517] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Control de constitucionalidad..., cit.*

del Estado obtenían directamente de la ley el fundamento de sus actos. Por ello, el supuesto de que la acción función administrativa se regía por el principio de legalidad implicaba determinar ya la norma de referencia, *in casu*, la ley. Desde el momento en que se le reconoce fuerza normativa directa e inmediata, la Constitución se convierte en la fuente normativa fundamental que estructura todo el sistema jurídico, el centro de referencia de la validez de las demás normas y actos estatales.

La Constitución no solo determina los cauces legítimos de producción de normas jurídicos, sino también impone una disciplina del orden social que irá a determinar en alguna medida el contenido de todas las demás normas del sistema y actos estatales.

Por lo anterior, el principio básico de estructuración de la actividad administrativa deja de ser el "principio de legalidad" y pasa a ser el "principio de constitucionalidad". La acción de la Administración, por ello, tiene que buscar en la Constitución su fundamento último bajo un doble aspecto: primero, siguiendo las normas que la Constitución determinó que son las normas legítimas para regular la actividad administrativa, destacándose que en los ordenamientos jurídicos complejos hay una multiplicidad de fuentes normativas cuyo ámbito de regulación está condicionado por una pluralidad de principios de estructuración. Por ello, la fuente normativa legítima dependerá del ámbito material o territorial en que se desarrolla la acción de la Administración.

Ante la pluralidad de cauces normativos reconocidos en las Constituciones de las democracias pluralistas, no será siempre una ley el fundamento de validez de los actos administrativos. Esto dependerá de la distribución de competencias establecida en la Constitución, que podrá adjudicar a una fuente cualquiera la competencia para regular la materia. El poder legislativo corresponde primariamente al Parlamento, por lo que la ley sigue como el instrumento básico de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo, el Poder Ejecutivo ha adquirido competencia normativa para dictar normas con fuerza de ley, normas que detienen el mismo rango de las leyes elaboradas por el Parlamento, luego desarrollan la misma fuerza. Es posible, además, que la Constitución autorice el reglamento administrativo a regular directamente una determinada materia, sin la necesidad de la regulación por una ley previa (los llamados reglamentos independientes). Es posible, además, que

la Constitución reserve espacios de normación privativos de los reglamentos (los llamados reglamentos autónomos), como lo ha hecho el art. 37 de la Constitución francesa de 1958.[518] Puede, por fin, que la propia Constitución regule directamente la acción de la Administración, que se fundamentará suficientemente en la Constitución, no necesitando de posterior desarrollo legal. Cuando no exista un desarrollo legislativo del precepto constitucional, podrá producirse la aplicación directa de la Constitución. En este caso, el principio de legalidad remite al cumplimiento de la Constitución. Pero, cuando el legislador haya utilizado su prerrogativa de desarrollar el contenido de la Constitución (según el procedimiento previsto por la propia Constitución), el principio de legalidad solo se satisfará en el caso de que la Administración observe la norma Constitucional a partir del desarrollo que le ha sido dado por el legislador.

Además de este aspecto formal, la acción de la Administración debe buscar su fundamento en la Constitución desde un aspecto material. Debe observar los contenidos que la Constitución impone al orden social, especialmente los derechos y garantías fundamentales. Aunque existan otras normas que dispongan sobre una específica dimensión de la acción administrativa, el principio de legalidad solo se satisface por completo cuando se apliquen estas normas conforme a los contenidos establecidos en la Constitución.

En definitiva, es tan solo a partir de las disposiciones constitucionales – o del bloque de constitucionalidad[519] – que se puede determinar el específico significado del principio de legalidad. El contenido de la ley no resulta tan solo de las disposiciones de la ley, pero la norma que se extrae de las disposiciones

---

[518] Cfr. MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho …Tomo VII…, cit*., p. 59.

[519] El concepto de "bloque de constitucionalidad" ha sido utilizado por la doctrina francesa especialmente para justificar la utilización de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como fundamento de las decisiones del Consejo Constitucional francés, especialmente la decisión del 16 de julio de 1791, respecto a la libertad de asociación, que se convirtió en el *leading case* del tema. En la decisión, el Consejo Constitucional reconoció fuerza normativa al preámbulo de la Constitución, como consecuencia, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, puesto que el preámbulo de la Constitución proclamaba solemnemente la adhesión del pueblo francés "a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946". En este trabajo, utilizamos, con Balaguer Callejón, en el sentido del fenómeno de utilización de normas infraconstitucionales, más allá del texto constitucional, para la ampliación del parámetro utilizado para determinar la legitimidad de las propias normas infraconstitucionales. Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho*. *II..., cit.*, p. 47.

legales será la resultante de la interpretación que se haga según los valores, principios y normas constitucionales. En este sentido, el principio de legalidad es indisoluble del principio de constitucionalidad, es decir, el contenido de las leyes será siempre el resultado de la aplicación de la ley según la Constitución.

De la supremacía de la Constitución resultará también la importante consecuencia de que la unidad de sentido que se requiere al orden jurídico como exigencia de su carácter sistemático no se encuentra ya en la ley, sino en la Constitución, que pasa a ser el centro de atribución de sentido de todo el orden jurídico. Sobre la base del pluralismo, destaca Zagrebelsky,[520] ya no es posible la unidad natural del orden liberal expresado a través de la ley. Es ahora la Constitución la fuente que hace posible la reconstrucción de la unidad del ordenamiento.

Pese a todo lo anterior, el principio de constitucionalidad no ha desplazado el principio de legalidad, sino que más bien lo complementa. Legalidad ya no significa lo que dispone la ley, sino lo que dispone la norma legítima según los cauces previstos en la Constitución y, además, de acuerdo con el contenido de las normas, principios y valores que forman el parámetro de constitucionalidad.

4.2.3. El sentido de la ley en el Estado Constitucional de Derecho

En los modelos de Estado de Francia revolucionaria o de las monarquías alemanas del siglo XIX, la ley tenía el sentido de expresión de la soberanía de la Nación, cuya voluntad expresada a través de la ley se imponía absolutamente sobre todos, como resultaba en el modelo francés, o tenía el sentido de protección de la libertad y propiedad privadas, es decir, del espacio privado propio de la sociedad, en el cual el Monarca no debería intervenir sino cuando fuera autorizado por la propia sociedad, a través de la ley parlamentaria.

En el Estado Constitucional de Derecho, la ley ya no se plantea ya en estos términos. No expresa la voluntad de ningún poder soberano, puesto que la soberanía se agota en el acto de institución de la Constitución, y, a partir de

[520] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto…, cit.*, p. IX-X.

entonces, todas las expresiones de poder previstas en este acuerdo fundamental son expresiones de poderes constituidos, limitados por la Constitución, especialmente por los derechos y garantías fundamentales que se imponen como salvaguarda del individuo ante las decisiones de la mayoría política. Pero, tampoco se presenta la ley como instrumento de protección de un espacio propio de la sociedad, sea porque esta delimitación entre los espacios público y privado queda cada vez más tenue ante el carácter social a que debe corresponder el ejercicio de los derechos individuales, sea por la proliferación de una clase de derechos, también considerados fundamentales, que solo se ejercen en colectividad o en el espacio público (derechos transindividuales y derechos colectivos).

Los Estados Constitucionales contemporáneos no tienen ya el sentido de la organización institucional del poder de un grupo vencedor de la disputa política, que impone a los demás su proyecto hegemónico de poder. A partir de las trágicas experiencias políticas del periodo de entreguerras del siglo XX, se llegó a la conclusión de que, para la preservación de la democracia y de los derechos de las minorías sociales, era vital instituir una organización política en la que no hubiera la prevalencia de un grupo social con la exclusión de los demás. Por ello, los Estados Constitucionales contemporáneos se estructuran bajo el principio fundamental del "pluralismo político". La Constitución, entonces, abandona su función de expresión del poder de un grupo hegemónico y se convierte en el pacto de convivencia pacífica y armónica entre los diversos grupos sociales bajo el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales que se imponen a cualquier mayoría que esté en el poder.

Mientras se reconocía la ley como el cauce de manifestación de un poder homogéneo, el problema de las minorías no se planteaba. Pero, en las democracias pluralistas contemporáneas, en las que la pluralidad de intereses es uno de los elementos constitutivos del propio orden político, no basta con dotar de eficacia a la decisión de la mayoría. Hay que garantizar, además, medios de protección a las minorías. De ahí que se produzca un cambio en el sentido clásico de la democracia, que no expresa solamente el derecho de la mayoría, sino que se exige, además, el respeto al derecho de las minorías. Este nuevo concepto de democracia, llamado "democracia constitucional", no ha desplazado el concepto tradicional de voluntad de la mayoría, que sigue

operante como principio fundamental de decisión de los asuntos de la colectividad. Como destaca Balaguer Callejón: [521]

> "Ninguna de las dos tiene sentido sin la otra: la democracia constitucional no sirve como mecanismo de gobernación del Estado, puesto que es imposible conseguir el consenso de todos los grupos sociales para todas las decisiones por mínimas que sean. A su vez, la democracia de la mayoría, que resulta ser el punto de partida de todo gobierno legítimo del Estado, sólo puede calificarse de auténtica democracia si se inserta dentro de una democracia constitucional."

La ley, a su vez, adquiere la función de cauce de garantía de las minorías en el proceso de decisión; la forma adoptada para garantizar que los grupos de interés minoritarios participen de las decisiones fundamentales del cuerpo político.

En el Estado Legal de Derecho, la ley era la expresión de la democracia desde un punto de vista material, puesto que era la manifestación no de una voluntad particular sino de la voluntad general del cuerpo político, y, por ello, su contenido expresaría principios éticos universales. En el Estado Constitucional de Derecho la disputa política no se define en la Constitución, que es un compromiso político entre grupos de intereses distintos. Por ello, la ley, como indica Balaguer Callejón[522], al permitir la participación de las minorías en el proceso de decisión, se convierte en la expresión formal de la democracia pluralista, es decir, es el cauce dónde se garantiza la participación de las minorías.

El contenido de los derechos de las minorías ya no se protege a través de la ley, que puede desarrollar los más diversos contenidos, según el grupo político que ocasionalmente ha formado la mayoría en el proceso de decisión. La garantía material de los intereses de las minorías está en la Constitución, que reconoce derechos y garantías fundamentales que limitan la libertad de disposición del legislador.

Será, por lo tanto, a partir de este nuevo sentido que se da a la ley que se debe determinar su posición en la estructura del orden jurídico.

---

[521] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II…, cit.*, p. 33
[522] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II…, cit.*, p. 55

4.2.4. La posición de la ley en el orden jurídico

En el Estado constitucional de Derecho, es la Constitución la norma suprema que organiza todo el orden jurídico, disponiendo sobre las competencias y los cauces legítimos de creación del Derecho. Como dijo Balaguer Callejón,[523] "en cuanto fuente del Derecho, la Constitución incorpora al ordenamiento las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actuarán como parámetro de validez del resto de las normas", lo que la convierte en norma suprema del orden jurídico, fuente de validez de todo el sistema. El centro de inferencia de todas las normas del ordenamiento se traslada, por lo tanto, a la Constitución, y, por ello, el principio básico de organización del sistema ya no es el principio de legalidad, sino el principio de constitucionalidad.

La consideración de la Constitución como norma jurídica afecta al aspecto formal de la ley, que se traslada a un nivel jerárquicamente secundario, y también al aspecto material, al condicionar el contenido mismo de la ley, que debe "ajustarse a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución".[524] El legislador ya no es soberano, pues está sujeto no sólo en la forma sino también en el contenido a la Constitución, que prevé derechos inmunes a la intervención de la mayoría.

A pesar de su posición central en el ordenamiento jurídico, la Constitución no se ha convertido en la fuente a partir de la cual se debe buscar la solución de todos los problemas jurídicos, tampoco agota el campo de la regulación social, impidiendo opciones de futuro para el legislador. Aunque las Constituciones contemporáneas dispongan directamente sobre la regulación de una diversidad de temas, la Constitución siempre establece una definición muy básica y limitada de las cuestiones sociales, porque, de lo contrario, corre el riesgo de volverse ineficaz a medio y largo plazo. De ahí que, con Liborio Hierro, [525] podamos decir que la "Constitución es un momento del pacto social, pero un

[523] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 15.
[524] DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto…, cit.*, p. 80.
[525] HIERRO, Liborio L., et al. *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 19, 1996, p. 306.

momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación".

La dinámica característica de la vida social impide que la Constitución o cualquier otro pacto o norma sea suficiente para determinar una disciplina definitiva del orden social. Ante los constantes cambios inherentes al proceso histórico, es necesaria una tarea constante de actualización de la disciplina social, lo que es llevado a cabo por la legislación infraconstitucional, especialmente por la ley.

La ley es la fuente preferencial de desarrollo de los contenidos de la Constitución y la fuente de innovación primaria del orden jurídico. Hay situaciones en las que la Constitución atribuye a otras fuentes la atribución de desarrollar directamente el contenido de las normas constitucionales, pero, en general, cabe a la ley esta atribución.

Esta preferencia que se da a la ley en la tarea de desarrollar la disciplina del orden social es debida a su proceso de producción, es decir a su forma, que permite la participación de toda la colectividad, incluso de las minorías políticas. Por ello, gracias a su función de garantía de la democracia pluralista, la Constitución concede a la ley un régimen jurídico privilegiado (rango). Primeramente, en los ámbitos en los que las normas se organizan de forma jerárquica, la Constitución reconoce a la ley una posición de primacía en la jerarquía de las normas. Es el caso del Derecho Administrativo, subsistema normativo que disciplina la función administrativa. Como regla general, sujeta a excepciones, los actos normativos de la Administración están jerárquicamente por debajo de la ley.

La ley, además, en general, no está limitada en su ámbito de incidencia.[526] Puede que haya una delimitación material de alguna especie de ley en específico, como, por ejemplo, la Ley Orgánica en España, cuyo ámbito de incidencia material está delimitado en el art. 81 de la Constitución española, pero, cuando se habla de la ley en sentido general no hay ningún ámbito al que

[526] En Francia, el ámbito de incidencia de la ley está delimitado en el art. 34 de la Constitución, mientras el art. 37 dispone que tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley. Sin embargo, esta reserva residual de reglamento prevista en Francia es absolutamente excepcional. Como regla general, las Constituciones disponen que compete a la ley la regulación residual de todas las materias no reservadas a ninguna otra fuente.

el legislador no pueda disponer. El contenido de las leyes es infinito. La ley puede regular cualquier ámbito de la vida.

El principio de legalidad, por ello, impone un "principio de deferencia al legislador", que detiene, según los cauces previstos en la Constitución, la legitimidad para adoptar las decisiones fundamentales en desarrollo del acuerdo fundamental previsto en la Constitución.

La complejidad de las sociedades de masa contemporáneas, en las que hay una demanda muy grande de bienes y servicios y cuya dinámica lleva a cambios cada vez más grandes y en espacios de tiempo más cortos, ha llevado a la necesidad de dotar el Poder Ejecutivo de la atribución de dictar normas primarias en desarrollo directo de los preceptos constitucionales.

En las democracias contemporáneas, el Poder Ejecutivo también tiene legitimidad democrática una vez que es elegido, directa o indirectamente, por la mayoría de la población. Sin embargo, las decisiones del gobierno, especialmente en los regímenes presidencialistas, representan tan solo el interés del grupo político que ha vencido en las elecciones, que ocupa integralmente toda la máquina administrativa. Por ello, para garantizar la legitimidad de la democracia constitucional, que respeta el derecho de las minorías, el orden jurídico impone a estas normas procedimiento de participación de las minorías, sea mediante previa aprobación del Parlamento, sea a través de posterior control parlamentario[527].

A estas normas del Poder Ejecutivo que también son elaboradas mediante un proceso en el que hay participación de las minorías es garantizado el mismo rango de la ley, lo que les asegura una misma posición ante las demás fuentes de diversa naturaleza. Cuando consideradas aisladamente, las normas con rango de ley están ubicadas inmediatamente debajo de la Constitución y por encima de los reglamentos administrativos.[528] Por ello, las normas con rango de ley tienen su contenido limitado según el contenido de las normas constitucionales, y, de la misma manera, sus contenidos se imponen a los contenidos de las normas reglamentarias, que no pueden contrariarlos so pena de invalidez del reglamento.

[527] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 107.
[528] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 56.

Pero, como las normas jurídicas no existen aisladamente, sino que forman parte de un ordenamiento jurídico, compuesto por un conjunto orgánico y sistemático de normas, es posible que la disposición contenida en una fuente sea utilizada para la composición del sentido que se extrae de una norma superior o de mismo rango. De esta manera, una norma con fuerza de ley puede competir para determinar la norma que se extrae de una disposición constitucional, o, igualmente, puede que una disposición contenida en una fuente de rango reglamentario colabore en la definición de la norma que se extrae de la disposición de una fuente con rango de ley. Por ello, el principio de legalidad se expresa no solo por las fuentes de rango legal, sino que tiene que llevar en consideración todas las normas que colaboran para la definición de la norma que se extrae de las disposiciones contenidas en las leyes.

Por otro lado, se debe observar que en las Constituciones normativas hay una proliferación de normas con fuerza de ley que se estructuran bajo diversos criterios de organización. Por ello, la solución de una antinomia entre dos normas mutuamente contradictorias no siempre se solventará mediante la apelación al criterio jerárquico. Otros criterios, como el principio de competencia o el principio de prevalencia, podrán proyectarse sobre el conflicto para determinar la norma válida o eficaz.[529]

En el Estado legal de Derecho, el sistema jurídico estaba organizado sustancialmente por el principio de jerarquía, que determinaba una posición fija entre las fuentes normativas y, además, expresaba una relación directa entre la norma superior y la inferior, en la que la superior determinaba los límites del contenido y la validez de la inferior. Esta relación directa entre las normas facilitaba la estructuración del sistema y la identificación de la norma concretamente válida.

En las Constituciones normativas contemporáneas, sin embargo, hay una multitud de fuentes capaces de producir normas jurídicas y la relación entre estas fuentes ya no está determinada por una supremacía absoluta de la ley, que imponía su fuerza sin limitación alguna, como en el modelo del Estado legal de Derecho. Antes bien, habrá una pluralidad de fuentes con ámbitos materiales de regulación diversos que se establecen ya no por una relación directa entre

[529] Sobre los criterios de solución de antinomias, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I..., cit.*, p. 142 y ss.

las normas en conflicto, sino por una tercera norma (sobre la producción jurídica), que normalmente es constitucional, pero, eventualmente, puede hasta ser una norma infraconstitucional, desde que se destine a regular la producción del derecho[530], como, por ejemplo, los reglamentos internos de las cámaras legislativas, que componen lo que Kelsen denomina Constitución material.

La proliferación de categorías normativas y de relaciones de articulación entre ellas conducirá a la irrupción del criterio de competencia como principio de estructuración del ordenamiento jurídico que se añade al principio de jerarquía, a veces sustituyéndolo, a veces limitándolo. Ante este nuevo criterio de estructuración del orden jurídico, advierte Balaguer Callejón,[531] no es ya posible determinar previamente la norma aplicable a un supuesto de hecho atendiendo tan solo al criterio de jerarquía o a la fuente de dónde emana la norma, sino que será necesario también recurrir a aspectos materiales que van referidos al principio de competencia.

A la ley se le sigue reconociendo una posición privilegiada en el sistema de fuentes ya que, como recuerda Balaguer Callejón,[532] la ley es la fuente que expresa la democracia en su proceso de producción, que permite la participación potencial de todos los ciudadanos, en especial de las minorías políticas. Sin embargo, esta posición privilegiada ya no es un atributo solamente de la ley parlamentaria, sino que se reconoce a actos del Poder Ejecutivo el mismo valor normativo. Tampoco es posible ahora determinar la prevalencia de la ley ante otras normas en conflicto, puesto que la posición de la ley en el orden jurídico ya no está predeterminada por la fuente misma, sino que depende de la regulación que se le ha dado a las normas sobre la producción jurídica respecto a cada ámbito especifico de regulación de la ley. Por lo tanto, en el actual sistema jurídico del Estado Constitucional de Derecho no siempre será una ley el fundamento de validez de la acción de la Administración. El principio de legalidad administrativa, por lo tanto, tendrá que ser interpretado como la necesidad de que la acción de la Administración esté autorizada en la ley o en otra fuente que eventualmente sea la fuente legítima según la distribución de competencias determinadas por las normas sobre la producción jurídica.

---

[530] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Control de constitucionalidad y…, cit.*, p. 175.
[531] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I..., cit.*, p. 53.
[532] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 153.

4.2.5. La separación de poderes

En el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, la separación de poderes se basaba en el control de la actividad del poder no democrático del monarca por el Parlamento democráticamente elegido. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo eran, en realidad, dos poderes sociales que se contraponían: el poder tradicional de la monarquía *versus* el poder de la burguesía, representada por el Parlamento.

De esta manera, tanto en el modelo liberal francés como en el modelo alemán, la ley ha sido el mecanismo de control de la acción del ejecutivo sea desde la concepción de la soberanía de la ley, sea desde la determinación de espacios de regulación reservados a la ley. La finalidad de ambos sistemas era asegurar la protección de la sociedad frente al poder del Estado.[533] La ley, en estos casos, se identificaba con el Parlamento, órgano de representación de la sociedad, luego, el control ejercido por la ley estaba fundamentado justamente por la independencia del Parlamento.

Actualmente, la división de los poderes políticos ya no se pone en términos de una división estanca entre Poder Legislativo, de naturaleza democrática, responsable por determinar las leyes, y Poder Ejecutivo, no democrático, responsable por la mera ejecución de las leyes (modelo francés) o responsable por determinadas actividades, que ejerce por fuerza propia, pero limitado por la ley en aquello que afecta a la libertad y propiedad privada, ámbitos que quedan reservados a la ley (modelo alemán). El Poder Ejecutivo también tiene legitimidad democrática, puesto que los jefes de gobierno son elegidos directa (presidencialismo) o indirectamente (parlamentarismo) por la población. Por otro lado, el Parlamento ya no tiene la exclusividad del poder legislativo, que está distribuido en diversos órganos. Hay una multitud de poderes normativos primarios, cuya relación no se da más a la base exclusiva del criterio jerárquico, que sometía todas las normas a la ley del Parlamento, sino que ahora se establece ámbitos de regulación propios a cada uno de estos poderes normativos.

[533] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I…, cit.*, p. 24.

De esta manera, con Balaguer Callejón,[534] ya no se trata de articular el nuevo orden racional expresado en la ley frente al orden tradicional del poder monárquico, sino articular los diferentes centros de producción normativa que confluyen en un mismo ordenamiento. Por ello, el sistema de división rígida entre los poderes del Estado, típico del primer constitucionalismo, es reemplazado por un sistema de frenos y contrapesos, en el que no hay una separación absoluta entre los poderes del Estado, sino una articulación entre las diversas fuentes normativas de forma que permita la expresión del pluralismo político reconocido por la Constitución.

El conflicto ahora no se expresa a través de la contraposición entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, sino entre mayorías y minorías políticas que oponen proyectos distintos de organización social. Por ende, la división de poderes no se basa ya en la dicotomía Poder Ejecutivo/Poder Legislativo, sino más bien en la dicotomía mayoría/oposición. El freno se pone ahora a la eventual mayoría política, desde un aspecto material, imponiéndose límites a la decisión de la mayoría, o desde un aspecto formal, abriéndose cauces de participación y control a las minorías.

Asimismo, la distinción entre la forma legal y la forma constitucional ha determinado la obligatoria sumisión de la ley a la forma y a los contenidos determinados por la Constitución.

Como primera consecuencia de la fuerza normativa de la Constitución se puede destacar que, a partir de entonces, el Derecho que regula la acción de la Administración ya no se reduce a la ley, sino que se amplía a las normas constitucionales y demás fuentes reconocidas por la Constitución.

Además, el Parlamento deja de ser representativo de un poder soberano, lo que justificaba su supremacía ante el Poder Ejecutivo, y se convierte él también en un poder vinculado a la Constitución, al igual que los demás poderes del Estado. La sumisión del Poder Legislativo a la Constitución, destaca Balaguer Callejón,[535] llevará a la "ruptura de la imposición absoluta e incondicional del legislativo sobre el poder ejecutivo y el judicial, y con ello del monopolio del legislador sobre el Derecho". De esta forma, el Parlamento ya no es el órgano que privativamente determina la validez de los actos de la

[534] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I…, cit.*, p. 48.
[535] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. I…, cit.*, p. 26.

Administración. El reconocimiento del pluralismo político ha llevado a las Constituciones a distribuir el poder normativo entre diversos órganos, que se constituyen en los cauces legítimos para expresar la voluntad del orden jurídico en los ámbitos de sus competencias.

4.2.6. La titularidad del poder legislativo

Lógicamente, el poder político se ejerce en dos momentos: primero, en la formulación de las reglas válidas (legislación) y, segundo, en los actos materiales para la ejecución o el cumplimiento de los dictámenes de estas reglas (administración y jurisdicción).

Kelsen[536] ha tenido el mérito de percibir que las funciones del Estado no se limitan a la mera ejecución de la ley, sino que toda aplicación de una norma es siempre la creación de una norma más concreta y particular, actividad que no se limita a la mera ejecución de los comandos de la norma anterior, porque innova en el orden jurídico dentro del margen de libertad concedido por la norma superior. Sin embargo, hay una diferencia esencial entre el poder legislativo y las demás funciones ejercidas por el Estado: solo el primero puede adjudicar una potestad de imperio. Los demás, dentro de los límites definidos por el legislador, pueden ejecutar la potestad que han recibido, pero no pueden crearla. Este es el sentido primero e inmediato del principio de legalidad.

A lo largo de la historia, este poder de dictar las leyes casi siempre ha estado acompañado del poder de ejecutar las medidas concretas de interés de la comunidad y de decidir sobre los conflictos, es decir, el titular del poder legislativo casi siempre ha sido la misma persona o grupo titular de los poderes ejecutivo y judicial.[537] Mientras permanecen estos poderes en las mismas manos, no se plantea ningún principio de legalidad, puesto que la voluntad que decide lo que debe ser es la misma que ejecuta los actos materiales resultantes de la decisión.

Una vez que el poder político es una realidad inexcusable, especialmente en las sociedades más desarrolladas, siempre se han planteado

[536] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do..., cit.*, p. 260
[537] Cfr. SANTOS, Ricardo Gómez-Acebo. *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos-Leyes***.** Revista de administración pública, 1951, n. 6, p. 99-124.

mecanismos para su control. Aquél que tiene los instrumentos materiales de coerción debe ejercerlos solo en las hipótesis autorizadas por normas dictadas por un órgano distinto e independiente y, además, cualquier litigio en la aplicación de estas normas debe ser solucionado por un tercer órgano igualmente independiente de los demás.

A partir del momento en que se formula la idea de que el poder legislativo y los poderes ejecutivo y judicial deben ser ejercidos por órganos distintos e independientes entre sí, surge el problema de quien debe tener el poder legislativo.

Es posible que se adopten diversos criterios de decisión: la decisión puede ser técnica, atribuida a especialistas en el tema (la tecnocracia); puede ser atribuida a los más experimentados, como en algunas tribus, que someten sus decisiones a un consejo de ancianos; puede ser atribuida al líder, como en el régimen nacionalsocialista alemán ("*Ein Volk, Ein Reich, Ein Führer*"[538]). Puede que, como en los regímenes aristocráticos, se reconozca a uno o algunos una dignidad (honor) especial que le confiere la prerrogativa de decidir los destinos de la comunidad. Pero, en los regímenes democráticos, en los que se reconoce una igual dignidad a todos los individuos, igualmente capaces de autodeterminarse según sus propias convicciones, la decisión solo puede corresponder a todos indistintamente, según el principio de que cada voluntad tiene el mismo valor de las demás ("*one man, one vote*"). Así, si todas las voluntades tienen el mismo valor, en el movimiento de los cuerpos políticos – al igual que en la dinámica de los cuerpos físicos – la dirección será la resultante de la fuerza de mayor intensidad. En definitiva, la mayoría decidirá.

Una vez que no es posible convocar a todos para decidir respecto a cada asunto de interés de la sociedad, la universalidad de los miembros de la sociedad elige representantes que tendrán la legitimidad para disponer sobre estas reglas. Las reglas de conducta, por lo tanto, serán determinadas por el voto de la mayoría de los representantes elegidos por la sociedad.

En el siglo XIX, la teoría general del derecho estaba profundamente influenciada por el pensamiento de Rousseau y Kant, lo que ha llevado a la consideración de que la forma general y abstracta de la ley llevaría a que su

[538] "Un pueblo, un imperio, un líder." Lema de la propaganda nazi.

contenido fuera universal y, por lo tanto, éticamente justo. La realidad, sin embargo, se ha encargado de probar que la forma de la ley no es suficiente para garantizar la justicia de sus mandamientos.

La ley no encuentra, desde luego, su fundamento en una presunta expresión de que su contenido expresaría principios éticos universales. Al contrario, la ley encuentra su fundamento en un principio ético específico: la democracia. Es el medio de toma de decisiones en el que se permite a todos participar directa o indirectamente.

Por ello, no basta con garantizar a todos el derecho a participar en las decisiones, sino que es, además, necesario que se establezcan límites morales a la decisión de la mayoría. Como ha observado Kelsen,[539] el proceso decisorio basado en la voluntad de la mayoría presupone la existencia de una minoría, que no puede quedarse totalmente a merced de la mayoría. Hay límites éticos y morales a las decisiones de las mayorías políticas, que deben siempre respetar la dignidad y los derechos fundamentales de las minorías. Es necesario, en definitiva, que, en defensa de algunos intereses básicos de las minorías, se imponga un límite a la potestad deliberativa de la mayoría política. Esta protección se da, especialmente, por el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales por encima del proceso democrático, derechos que ninguna mayoría o excepcionalmente solo una mayoría cualificada pueden revocar.

Además de estos ámbitos materiales indisponibles para la voluntad de la mayoría política, el derecho de las minorías está garantizado en la habilitación de cauces de participación en el proceso decisorio.[540]

El proceso legislativo parlamentario es el cauce más amplio que se reconoce a la minoría para la preservación de sus intereses. Primero, por la propia configuración del proceso decisorio, en que se asegura la participación de los representantes electos de toda la colectividad, en un proceso público, abierto a la participación y crítica de la opinión pública. Pero, también, por los diversos instrumentos puestos a disposición de la minoría, que puede participar de la Mesa de los legislativos, indicar miembros para las comisiones temáticas, proponer pautas, obstruir deliberaciones, realizar audiencias públicas, proponer la constitución de comisiones parlamentares de investigación, requisar

[539] KELSEN, Hans. *A democracia..., cit.*, p. 67.
[540] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Reserva de lei..., cit.*, p. 196.

documentos o informaciones a las demás autoridades estatales o convocar estas autoridades o cualquier particular para manifestarse sobre asuntos de su interés.

El proceso legislativo parlamentario, por ello, no se agota en la regla de la mayoría ya que es, en buena parte, un mecanismo de garantías para las minorías.[541] Las leyes parlamentarias son formas de toma de decisión en las que se hace posible así la participación y el control de las minorías, disminuyendo los riesgos de la opresión de la mayoría y ampliando las posibilidades de transacción y compromiso en la actividad normativa. En definitiva, el proceso legislativo es el cauce que "hace viable la articulación del pluralismo social".[542]

A partir de la mitad del siglo pasado, hubo una gran expansión de las actividades administrativas del Estado, que pasó a proveer los más diversos servicios e interferir directamente (poder de policía, fomento, regulación, etc.) en las más diversas actividades privadas, lo que llevó a la necesidad inexorable de que se reconociera alguna competencia legislativa al Poder Ejecutivo, necesaria como mínimo para garantizar la eficiencia de la actuación del Estado, visto que cada vez más los asuntos de la legislación dependían de la celeridad de actuación y conocimientos técnicos que solo la burocracia del Poder Ejecutivo tenía.

El Gobierno, en las democracias contemporáneas, también tiene legitimidad democrática una vez que es elegido, directa o indirectamente, por la mayoría de la población. Sin embargo, las decisiones del gobierno, especialmente en los regímenes presidencialistas, representan tan solo el interés del grupo político que ha vencido en las elecciones, que ocupa integralmente toda la máquina administrativa. Así, sus decisiones se hacen a "puertas cerradas", no están abiertas a la participación de la minoría. Aunque en los últimos años hayan sido creados mecanismos de apertura a la participación popular, el proceso administrativo es, por definición, un proceso de toma de decisión jerarquizado, centralizado en la voluntad del jefe de gobierno y de sus asesores directos (ministros y secretarios de Estado). Según Balaguer Callejón,[543] ante la ausencia de participación de las minorías políticas en las decisiones del Gobierno, cuando se otorga al Gobierno competencia legislativa

[541] Cfr. ROCA, María J. *La recepción del Ius…, cit.*, p. 58.
[542] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del Derecho, espacios…, cit.*, p. 202.
[543] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Reserva de lei..., cit.*, p. 198.

extraordinaria, se garantiza la legitimidad democrática de estas normas a través de la imposición de mecanismos de control (*a priori* o *a posteriori*) por la minoría. Así que, por ejemplo, las *Medidas Provisórias* expedidas por el Presidente de la República en Brasil, son sometidas posteriormente a la aprobación del Congreso Nacional (art. 62 de la Constitución de Brasil) o la delegación legislativa de las Cortes Generales de España para el Gobierno solo pueden ser hechas por medio de una ley dictada por el Parlamento, que deberá fijar "el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio" (art. 82 de la Constitución de España).

4.2.7. La atribución de poder político: la norma de competencia

Del principio de libertad resulta que el poder político está constituido libremente por los miembros de la comunidad, que definen las finalidades y los medios de los que dispondrá el gobierno para alcanzar sus fines. Este principio ha sido proclamado por primera vez en el mundo moderno en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América,[544] que constituye un gobierno a partir de las "verdades evidentes en sí mismas" de "que todos los hombres han sido creados iguales y que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la persecución de la felicitad", así que "los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres para asegurar estos derechos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados, que cuando cualquier forma de gobierno se hace destructiva de estos fines, el pueblo tiene derecho a alterarla o a abolirla, y a instituir un nuevo Gobierno fundado en tales principios y organizando sus poderes de la forma más idónea posible para llevar a cabo su seguridad y felicidad."

La Constitución, por lo tanto, no es un acto del gobierno, sino el acto que crea el gobierno y de donde él saca su fundamento y poderes. En palabras de Thomas Paine,[545] uno de los líderes de la independencia de las colonias americanas: "*A constitution is a thing antecedent to a Government; and a*

[544] Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*…, *cit.*, p. 331.
[545] PAINE, Thomas. *Rights of Man: being an answer to Burke's attack on the french revolution*. London, 1848, p. 27.

government is only the creature of a Constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting its government."

Este principio también ha sido proclamado en la Revolución Francesa, que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 reconocía que "los hombres nacen y permanecen libres" (art. 1º), de modo que el gobierno no detenta un poder general sobre los ciudadanos sino, por el contrario, solo potestades concretas concedidas por la colectividad: "El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella." (art. 3º).[546]

Todo el poder político se origina, directa o indirectamente, de este acto constitutivo. Ante la igual dignidad de todos los seres humanos, que "nacen y permanecen libres" no hay relaciones de dominación que resulten de la naturaleza misma de las cosas. El poder político es siempre atribuido por el cuerpo social.

En las sociedades democráticas que organizan el poder bajo una Constitución escrita el texto de la Constitución se convierte en el haz de donde irradian todos los poderes del Estado. Es desde la Constitución desde donde se debe extraer la organización del poder político del Estado. En el Estado de Derecho, el poder del Estado es una realidad jurídica, así que no hay más poderes que aquellos autorizados por la Constitución. La autorización puede darse directamente, cuando la propia Constitución otorga concretamente un poder, indicando su objeto, o indirectamente, cuando la Constitución autoriza algún poder del Estado a legislar para crear un poder concreto. De esta manera, la Constitución puede ella misma autorizar al poder Ejecutivo a expropiar una propiedad privada por motivos de interés público o autorizar al Poder Legislativo a legislar sobre el derecho de propiedad, lo que le autorizaría a dictar una ley que permitiera la expropiación por motivos de interés público.

La Administración Pública, por lo tanto, ya no tiene un poder general sobre los ciudadanos, resultante de un principio de búsqueda del bien común o de protección de la comunidad, que era el dogma básico del absolutismo, sino solo potestades concretas como simples excepciones singulares a la situación

[546] Cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho…, cit.*, p. 439-440

básica de libertad.[547] La Constitución y las leyes ya no son limitaciones al poder del gobierno, como en las monarquías limitadas del siglo XIX fundamentadas en el principio monárquico,[548] sino que son la propia fuente de su poder. En consecuencia, el principio de legalidad rechaza cualquier formulación de poderes políticos implícitos, no positivados, irrevocables, ilimitados o no pasibles de control. Esta es la traducción jurídica del principio de la soberanía popular: todo poder emana del pueblo y, por ende, el Estado solo tiene los poderes que le han sido expresamente adjudicados por el pueblo.

Se trata de una norma de competencia: si no existen poderes políticos naturales, sino solo aquellos que fueron reconocidos por la comunidad, la competencia para el ejercicio de cualquier poder político debe estar siempre atribuida en una fuente legítima, sea directamente la Constitución, o sea la fuente que la Constitución ha reconocido como legítima para regular la materia.

4.2.8. Los cauces de atribución de poder al Estado

En los Estados que se originan de una Constitución escrita, la Constitución es el acto primero de adjudicación de poderes a los órganos del Estado, es decir, el poder constituyente es el primer legislador y su norma, la Constitución, es legítima para satisfacer la exigencia de adjudicación de un poder por una "ley".

Además de la organización del Estado y de las fuentes legítimas de producción del Derecho, la Constitución produce ella misma reglas de conducta con fuerza jurídica directa e inmediata. De esta manera, la Constitución es norma habilitadora de competencias y también es criterio inmediato para la toma de decisiones administrativas. Así que el art. 17 de la Constitución italiana determina directa e inmediatamente la posibilidad de intervención de la Administración en el derecho de reunión, definiendo que las reuniones en lugares públicos solo pueden ser prohibidas "por motivos contrastados de seguridad o de salubridad pública."

---

[547] Cfr. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho..., cit.*, p. 439.
[548] Cfr. DE CARVALHO NETTO, Menelick. *A sanção no..., cit.*, p. 157.

Desde el momento en que se reconoce fuerza normativa a la Constitución, el principio de legalidad puede ser satisfecho, indistintamente, con una adjudicación de poder hecha por el poder constituyente, a través de la Constitución, o por cualquier órgano estatal que ejerza legítimamente un poder legislativo que le haya sido conferido por la Constitución.

El poder legislativo de los poderes constituidos deriva del poder constituyente formalizado en la Constitución, así que, por precedencia lógica, este poder tiene que ser ejercido, tanto en su forma como en su contenido, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, que es su fundamento de validez.

Por lo tanto, no se autoriza la Administración a actuar basándose en cualquier norma, sino solo en las normas emanadas de los órganos que tienen un poder legislativo según las normas de atribución de poder normativo previstas en la Constitución y, además, respetando los contenidos de la Constitución. Así pues, a partir del reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución, la vinculación de la Administración no se hizo más débil, sino más fuerte, puesto que se añade una fuente más a la que la Administración debe obediencia, pero permanece la exigencia de la existencia de una adjudicación de poder por una fuente legislativa (sea constitucional, sea legal).

Un ejemplo aclara mejor el argumento. En los términos del art. 37, XXI de la Constitución de Brasil, la adquisición de bienes y servicios por la Administración será mediante procedimiento de licitación previsto en ley. El procedimiento de licitación pública está previsto en la Ley n. 8.666, de 1993. Según el *Tribunal de Contas da União,* aunque la Ley n. 8.666, que regula directamente el procedimiento de licitación, no lo prohíba, está vedado a la Administración hacer gastos con festividades u homenajes para los funcionarios, lo que chocaría con los principios de moralidad y eficiencia previstos en el art. 37 de la Constitución (véase el *Acórdão n. 500/12 – Plenário*). De esta manera, la fuerza normativa directa e inmediata del art. 37 de la Constitución no disminuye en absoluto la subordinación de la Administración a la Ley 8.666, sino que añade una vinculación más (a los principios constitucionales de la moralidad y de la eficiencia).

El hecho de que la adjudicación del poder de acción de la Administración pueda resultar directamente de la Constitución, no convierte el principio de

legalidad en un "*principio da constitucionalidad*", como sugiere el ministro del *Supremo Tribunal Federa*l, Luis Roberto Barroso.[549]

Primero, porque la Constitución no se convierte en el fundamento de toda acción administrativa. En realidad, la ley sigue siendo ordinariamente el fundamento de legitimación de esta acción. Pese a que en las Constituciones actuales sean demasiado analíticas, disponiendo directamente sobre la regulación de una multitud de temas (derechos políticos, salud, seguridad pública, enseñanzas, medio ambiente, familia, etc.), por el propio carácter dinámico de la sociedad, la Constitución no es capaz de crear una regulación exhaustiva de las necesidades sociales y, por ello, deja siempre al legislador ordinario la tarea primaria de legislar.

Segundo, y principalmente, porque no es cualquier norma constitucional la que es apta para fundamentar la acción de la Administración. No basta con que exista un principio abstracto para admitir que la Administración imponga su voluntad sobre los particulares. Es necesario – como se verá detenidamente un poco más adelante – que la norma reconozca a la Administración un poder concreto y determinado de coerción o, en términos lingüísticos, la norma debe atribuir un predicado (capacidad de acción) a un sujeto (la Administración). Esta norma puede ser una norma constitucional o legal, o quizá la mezcla de ambas, en cuanto que tanto el poder constituyente como el legislador ordinario concurren para la regulación de la materia, como en el ejemplo del art. 37, XXI de la Constitución que, además de determinar que la ley regulará las licitaciones públicas, él mismo ya dispone sobre algunos de los elementos del proceso de licitación, que deberá garantizar "*igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*."

4.2.9. Los elementos que deben ser determinados por la norma que adjudica un poder al Estado

[549] Cfr. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).* Revista De Direito Administrativo, 2005, v. 240, p. 32.

La determinación de las fuentes legítimas de adjudicación de poderes al Estado no es tan problemática, puesto que se trata de la distribución del poder legislativo del Estado. Basta con analizar la repartición constitucional de competencias. El problema de la vinculación a la ley surge esencialmente cuando se cuestiona sobre la profundidad que se exige de la norma que adjudica la potestad a la Administración. Dada la abstracción y generalidad de las normas, los actos practicados en el ejercicio de las potestades por ellas otorgadas siempre desbordarán en alguna medida del contenido previsto en la norma. Como muy bien ha percibido Kelsen,[550] toda ejecución de una norma es siempre la creación de una norma más concreta y particular, así que es una actividad que innova en el orden jurídico en el margen de libertad concedido por la norma superior.

Sirviéndonos del hexagrama de Quintiliano, podemos descomponer la acción de la Administración Pública en sus cinco componentes básicos: ¿Quién?, ¿Qué?, ¿Por qué?, ¿Cuándo?, ¿dónde? y ¿cómo? O, desde la óptica del derecho administrativo: objeto, competencia, forma, motivo y finalidad.

No existiendo poderes políticos naturales, sino solo aquellos que fueron adjudicados por la sociedad, la competencia es siempre atribuida por la Constitución o por las fuentes previstas en la Constitución. Ningún acto administrativo, incluso los actos discrecionales, puede ser realizado válidamente sin que una fuente normativa legítima – que, regla general, es la ley – haya concedido al agente la competencia para su práctica.[551] La competencia es siempre un elemento vinculado al acto administrativo, objetivamente fijado por el legislador.[552] El "quién" ha de estar siempre determinado por una norma contenida en una fuente legítima.

La competencia es la capacidad de un agente público de hacer algo. No hay competencia sin objeto. Sujeto y objeto son los dos predicados que se extraen directa y lógicamente del término competencia. Así, el objeto tiene que estar mínimamente determinado en la norma que adjudica la competencia.

---

[550] Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do ..., cit.*, p. 260.
[551] Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 175.
[552] TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil: conceitos e remédios*. Revista de Justiça, 1959, p. 27.

Ordinariamente, no es necesario que la determinación del objeto sea absoluta, exhaustiva, puesto que se admite que la Administración tenga un margen de libertad para la apreciación de la mejor forma de actuar en el caso concreto. Puede que la norma admita que, ante un supuesto de hecho determinado, la Administración tiene la discrecionalidad de elegir entre distintos modos de actuación. Esta libertad, sin embargo, no viene de un poder implícito de la Administración, por supuesto rechazado en el Estado de Derecho, sino que resulta directamente de la libertad conferida por la fuente normativa.[553] Por ello, la norma debe disponer respecto del objeto de la competencia de forma que sea posible identificar, a través de la interpretación de la norma, cuáles son las conductas posibles para ser adoptadas por la Administración.

Hay autores que amplían la exigencia de que otros elementos del acto administrativo sean expresamente regulados en la norma que autoriza la acción de la Administración. Es el ejemplo de Sérvulo Correa,[554] para quien es siempre indispensable que la norma defina no solo los elementos básicos del tipo, sino además la enunciación legal de la finalidad del poder y de algunos de los presupuestos de su ejercicio. Sin embargo, la forma es la manera específica en que el acto es exteriorizado y, por ello, no afecta a su sustancia. La expropiación de un bien no cambia si se realiza a través de un decreto, por resolución dictada en un expediente administrativo o hasta por simple orden verbal. Como muy bien ha observado el Tribunal Supremo de España, "la forma no constituye parte del acto, o por lo menos no es una parte esencial de éste que le prive de eficacia, salvo cuando así se impongan por una Ley" (STS, 19 de noviembre de 1986). El motivo y la finalidad del acto administrativo, a su vez, son elementos extrínsecos al sujeto y al propio acto, por lo que es posible que se otorgue a alguien un poder sin que se determine previamente porqué (motivo) y para qué (finalidad) este poder será ejercido. Así pues, no se exige que estos elementos estén previstos en la fuente normativa que legitima la acción de la Administración.

Esta exigencia de determinación del sujeto y (mínima) del objeto es lo que la doctrina define como "legalidad simple",[555] que no impide que otras

[553] Cfr. MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo... cit.,* p. 133 y ss.
[554] CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos.* Almedina, Coimbra, 2003, p. 298.
[555] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 260.

fuentes normativas (secundarias) colaboren en la formulación de la regla de conducta, pero que impone que cualquier obligación impuesta por el Estado a las personas solo sea válida cuando su fundamento último sea la Constitución, una ley o norma con fuerza de ley. Este es el sentido que se debe extraer en la actualidad de la fórmula "nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene", proclamada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que se ha convertido en un principio general del Estado Democrático de Derecho, repetido en diversas Constituciones.

Desde luego, la ley no es la única fuente de reglas jurídicas. Especialmente en las relaciones privadas hay una diversidad de cauces de donde emanan los derechos y obligaciones. La determinación de que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino cuando esté determinado por ley se dirige especialmente al Estado, que no puede obligar a los particulares a hacer nada que no le autorice la Constitución o una norma con rango de ley. Esta es la regla que se extrae de la "regla general de legalidad" que es una de las reglas fundamentales de legitimidad de la acción de la Administración Pública.

4.2.10. La profundidad y extensión de la exigencia de legalidad

La "densidad normativa mínima"[556] exigida en la norma que confiere una potestad administrativa es un problema que "asombra" a la doctrina y jurisprudencia, puesto que la admisión de que la ley pudiera regular el objeto de una competencia de tal manera que no fuera posible identificar su contenido equivaldría a no regularlo lo que, por supuesto, no atendería a la exigencia de legalidad. Pero ¿cuál sería, entonces, el parámetro mínimo de regulación exigido?

Hay, por supuesto, un límite existencial evidente: la ley debe disponer de los elementos lingüísticos que permitan la formulación de un predicado atribuido a un sujeto.[557] En el núcleo de este predicado debe ser posible

[556] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito..., cit.*, p. 260.
[557] Como destaca Vladimir da Rocha França (*Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, ano 2014, vol. 51, p. 12), en toda relación jurídica es crucial que la conducta objeto de la norma sea delineada con un grado de densidad mínimo para que pueda ser exigible.

identificar un verbo – una acción de la Administración – que recae sobre un objeto identificado (el objeto directo) y está direccionada hacia alguien (el objeto indirecto). De lo contrario, no se puede decir que hubo una atribución de una potestad. Cuando la Constitución de Brasil dice que uno de los fundamentos del Estado es la dignidad de la persona humana (art. 1º, III), no dispone sobre una competencia del Estado, sino sobre un valor que debe guiar el ejercicio de las competencias. Así, esta norma aisladamente no autoriza ninguna acción del Estado. De la misma manera, el principio del Estado social, fundamento del orden jurídico alemán, según la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.1), exige que el Estado, en todas sus actuaciones, tenga como finalidad, inmediata o mediata, la búsqueda de la justicia social, sin embargo, no es suficiente para habilitar al Poder Ejecutivo a adoptar ninguna acción específica para la concretización de este principio.

Pero, tratándose de figuras jurídicas, construcciones morales que no tienen una existencia concreta en la realidad física, la definición de los criterios mínimos de existencia de una potestad no es una tarea tan sencilla como la definición de los elementos mínimos exigidos para la existencia de un objeto físico. La existencia de una silla, por ejemplo, depende solo de algunas características físicas – que haya un trozo de algún material apoyado en una base cualquiera – y de una cierta funcionalidad – que sea apta para servir de asiento a una persona –. Pero ¿qué es necesario para la existencia de un poder del Estado de expropiación de la propiedad privada? ¿Hace falta que se determine la naturaleza de la propiedad (mueble o inmueble, rural o urbana, material o inmaterial)? ¿Hay que determinar los presupuestos formales y materiales para la expropiación? ¿Basta con autorizar en una ley para que el Estado pueda expropiar la propiedad privada o es necesario algún elemento más para que surja una potestad expropiatoria?

La potestad administrativa es lo que la Administración Pública ejerce a través de sus actos, lo que lleva a que el concepto de acto administrativo sea extremamente difícil de delimitar, ya que son diversas y de los más variados matices las actividades de la Administración (regulación y fiscalización de la producción y comercio de bienes y servicios, fomento de las actividades privadas de interés público, prestación de servicios públicos, intervención en la economía, actividad monetaria, etc.). Sin adentrarnos en la (interminable) controversia

respecto al concepto de acto administrativo, y aislando solamente los elementos nucleares del concepto, es posible decir que el acto administrativo es la manifestación de voluntad de la Administración – o de quien haga las veces – que resulta de la modificación de una situación o relación jurídica.

Para que un acto administrativo exista es necesario que tenga la potencialidad de crear, modificar o extinguir una situación o relación jurídica, aunque eventualmente no lo haga porque su eficacia está condicionada a la ocurrencia de un evento futuro (el cumplimiento de una condición, por ejemplo). De esta manera, hay que descomponer la potestad en sus elementos constitutivos para que se pueda definir cuáles son los elementos mínimos que le dan existencia. Una expropiación, por ejemplo, es la transmisión compulsoria de una propiedad privada. En un orden jurídico en que el derecho de propiedad esté garantizado como principio, la expropiación debe resultar de algún hecho extraordinario, que excepcionalmente autorice la pérdida del derecho. Por ello, para que exista una expropiación es necesario que se determine el efecto jurídico del acto, es decir, la pérdida de la propiedad en favor del Estado; el bien sobre el cual recae la expropiación; y las hipótesis que autorizan la restricción del derecho de propiedad. No puede la ley dejar al albedrío de la Administración la definición de estos elementos, so pena de chocar con el principio de legalidad.

Además de la definición del objeto de la relación, el sujeto pasivo debe ser determinado o determinable, según los criterios previstos en la propia ley. Por ejemplo, la prestación de un auxilio o subvención por parte del Estado tendrá que fundamentarse en una ley en la que estén determinados el objeto del auxilio o subvención y sus respectivos beneficiarios o, como mínimo, la definición de los criterios para la identificación de los beneficiarios. La identificación, por supuesto, no se dará en términos concretos, individualizándose cada uno de los hechos concretos y de las personas nominalmente identificadas. Tratándose de una norma, general y abstracta, la determinación del objeto y de los destinatarios se dará a través de la definición de un supuesto de hecho, una situación abstracta e hipotética, que describa solamente los elementos generales de la obligación y de los destinatarios.

El principio de legalidad exige, además, que el fundamento de validez del acto practicado por la Administración sea directa y completamente extraíble de los preceptos de la ley.

Siempre, por lo tanto, que el fundamento de la acción del Estado en general, y de la Administración en particular, no pueda ser directa, inmediata y completamente legitimado en la fuente normativa primaria, habrá una ofensa a la exigencia de legalidad. Como destaca Dietrich Jesch:[560] "Si los supuestos de hecho del apoderamiento son concebidos tan ampliamente que con los mismos el actuar del Ejecutivo queda prácticamente a merced de su discrecionalidad infiscalizable, el legislador no ha cumplido su deber de formulación de normas apoderantes especificadas y medibles", hipótesis en la que la Administración no estará, por lo tanto, autorizada a actuar.

4.2.11. La función administrativa

La función administrativa abarca una amplitud de acciones muy heterogéneas que, además, son extremamente dinámicas;[561] se modifican rápidamente en la medida en que cambian las necesidades sociales, lo que ha llevado a las más diversas teorías respecto al concepto de esta función.[562] Son actos de administración desde las medidas de restricción de la libertad y propiedad para la preservación del orden público (policía administrativa), hasta medidas de fomento de actividades privadas de interés público, prestación de servicios públicos, asistencia y seguridad social, la gestión de los bienes y personal de la Administración (burocracia), además de otras actividades como la diplomacia, la defensa del territorio o las actividades de *ombudsman* o similares que, por su régimen jurídico diferenciado, son conceptuadas por muchos como actividades que no se encuadran en la división tripartida de las funciones del Estado.

Sin adentrarnos en la controversia sin fin respecto al concepto de la función administrativa, se puede destacar el elemento esencial que la diferencia de las demás: es la acción concreta del Estado. Mientras la legislación es la deliberación del Estado respecto a lo que debe o no ser hecho y la jurisdicción es la solución de los conflictos respecto al sentido de la legislación, la función

---

[560] JESCH, Dietrich. *Ley y Administración…, cit.,* p. 289.
[561] Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito..., cit.*, p. 121.
[562] Sobre algunos de los conceptos formulados, cfr. FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo.* México D.F., Ed. Porrúa, 2000, p. 53 y ss; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.*, p. 29 y ss.

administrativa es la ejecución de las actividades materiales consideradas de responsabilidad de toda la sociedad.

Según habíamos dicho anteriormente, el Estado es la forma de organización política en que la dirección superior de la sociedad es atribuida a una organización permanente encargada de definir en un determinado territorio los límites de la acción de los individuos (legislación) y garantizar la observancia de estos límites (jurisdicción), además de ejercer directamente las actividades de satisfacción de necesidades materiales consideradas de responsabilidad de toda la colectividad (administración). Hay, por lo tanto, desde el punto de vista ontológico del fenómeno, dos momentos en la acción del Estado: la deliberación respecto de lo que puede, debe o es facultado hacer; y la ejecución de esta decisión.

Dada la estructura escalonada del derecho, las normas jurídicas son (casi siempre) actos concomitantes de deliberación (respecto al espacio vacío dejado por la norma superior) y ejecución (de la determinación establecida en la norma superior). El acto administrativo es el acto último en el proceso de ejecución del Derecho, pero también es (siempre que sea discrecional) concomitantemente un acto de deliberación. La actividad administrativa no se resume a la mera subsunción de los hechos a las consecuencias jurídicas previstas en la ley, como supusieron las escuelas positivistas más radicales del siglo XIX. Claro que la Administración Pública tiene una considerable potestad decisional respecto de sus actos. La multiplicidad y complejidad de las atribuciones de la Administración Pública exigen que las leyes le atribuyan un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre la mejor manera de actuar, decisión que depende de una evaluación de oportunidad y conveniencia hecha casuísticamente por la Administración en cada actuación en concreto.

Esta potestad decisional, sin embargo, no viene de un poder de la Administración de deliberar sobre las normas vigentes. Este poder, en una democracia, solo puede ser ejercido por el poder constituyente por medio de la Constitución, o por los poderes constituidos por medio de los actos normativos con fuerza de ley, los únicos actos estatales a los que se reconoce el poder de determinar primariamente los derechos y obligaciones de las personas. La Administración tiene la prerrogativa de dictar normas respecto a su actividad; sin embargo, estas normas son complementarias a las normas producidas por los

órganos que detentan el poder legislativo, los únicos capaces de introducir normas jurídicas que innovan primariamente en el orden jurídico.[563]

La discrecionalidad de la Administración, por ello, es una potestad decisional de segundo grado, que deriva directamente de la Constitución o de fuentes de normas primarias. Como muy bien ha definido Celso Antônio Bandeira de Mello,[564] la discrecionalidad de la Administración es el margen de libertad conferido por la ley al administrador con la finalidad de integrar, en el caso concreto, la voluntad consagrada en la propia ley.

La actividad administrativa es, por ello, una actividad *sub lege*, considerándose ley en sentido lato abarcando la Constitución, las leyes y las normas con fuerza de ley.[565]

El principio de legalidad prohíbe que la Administración concentre los poderes de deliberación y ejecución, que le convertiría en un poder absoluto y no democrático, lo que no es admisible ante los principios que fundamentan el Estado de Derecho contemporáneo. Prohíbe, asimismo, que la deliberación provenga de instancias decisionales sin legitimación popular, lo que sería incompatible con los principios y valores que fundamentan la democracia.

Puede que se admita una cierta autonomía de la Administración para deliberar sobre algunos supuestos - técnicos, económicos, etc. – de su actuación. Esta autonomía, sin embargo, debe venir directamente de la ley (en sentido lato).

4.3. Las reservas de ley

4.3.1. El sentido de las reservas de ley en el Estado Constitucional de Derecho

En los reinos alemanes del siglo XIX, ni la monarquía ni la burguesía tuvieron fuerza para imponerse de forma rotunda. La solución fue el reconocimiento del poder originario del monarca bajo el principio monárquico, empero, con el compromiso de que la intervención en la libertad y propiedad de

[563] Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito..., cit.*, p. 123.
[564] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.*, p. 403.
[565] Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.*, p. 32.

los súbditos solamente sería admitida por medio de una ley dictada con la colaboración de los representantes de los estamentos. A consecuencia de la falta de legitimidad democrática del poder ejecutivo del Estado, ejercido por el Monarca, se exigía que las decisiones consideradas fundamentales para los ciudadanos (esencialmente la burguesía) obtuvieran su previa aprobación a través de la representación parlamentaria.[566] Según Otto Mayer,[567] esta cláusula establecía una "reserva" de ley, es decir, estas materias estaban reservadas a su regulación exclusiva.[568]

Las reservas de ley se imponían como una protección de la sociedad en contra de las intervenciones del Gobierno, luego, suponían un límite no transponible para el poder ejecutivo, que no podía interferir en la propiedad y libertad privada sin la autorización del Parlamento. Sin embargo, una vez que exigía tan solo la aprobación del órgano de representación de la sociedad, el propio Parlamento estaba libre para habilitar a su antojo al Gobierno la regulación de estos ámbitos. Las reservas de ley eran un límite para el Poder Ejecutivo, pero no limitaban la capacidad dispositiva del Parlamento.

La democracia actual se basa en un sistema de partidos políticos que hace con que el Poder Ejecutivo no sea la representación de un poder social que se contrapone al Poder Legislativo. Al revés, el Poder Ejecutivo suele estar vinculado a la mayoría parlamentaria, lo que hace con que las reservas de ley adquieran un nuevo sentido de protección de las minorías contra la expansión del poder de la mayoría política representada por el Poder Ejecutivo.[569] En los regímenes parlamentarios esta vinculación es el origen mismo del Gobierno, que se constituye a partir de la elección de la mayoría del Parlamento. Pero, en el presidencialismo esta vinculación también está presente, aunque en menor medida, puesto que el jefe del Poder Ejecutivo gobierna con base a un acuerdo político que le garantiza la mayoría en el Parlamento, necesaria para las medidas legislativas de implementación de su proyecto político.

Como consecuencia de estos cambios, el Poder Legislativo ya no tiene la disponibilidad sobre las reservas de ley impuestas por la Constitución. Sea

---

[566] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho..., Volumen I, cit.*, p. 190.
[567] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo… cit.,* p. 98.
[568] La doctrina, en general, reconoce que el uso de la expresión "reserva de ley" aparece por primera vez en el libro de Otto Mayer "*Deutsches Verwaltungsrechts*", publicado en 1895.
[569] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho…, Volumen I, cit.*, p. 191.

porque la extensión del poder legislativo del Parlamento ya no está determinada por el propio Parlamento, sino por la Constitución, sea porque la reserva tiene la finalidad de impedir la demasiada expansión del Poder Ejecutivo, representativo de la mayoría política, sobre el Parlamento, dónde están también representadas las minorías políticas. Como muy bien advierte Ignacio de Otto, ante la identificación entre Gobierno y mayoría parlamentaria, "sería fácil para el Gobierno reducir al mínimo la actividad legislativa y ensanchar al máximo la potestad reglamentaria propia en el amplio terreno que dejaría libre un legislador inactivo."[570] Las reservas de ley, por lo tanto, se convierten en instrumento de garantía del pluralismo político.

La reserva de ley, sin embargo, como observa Balaguer Callejón,[571] no equivale a una reserva de Parlamento, es decir, no impone que sea el Parlamento quien regule la materia, sino que la materia sea disciplinada por una norma con valor de ley. A excepción de los países, como Alemania, que no admiten ninguna otra norma con el mismo valor de ley, la reserva de ley se traduce en una reserva de normas con valor de ley, lo que hace que algunas normas dictadas por el Poder Ejecutivo, como los Decretos-leyes, en España, o las *Medidas Provisórias*, en Brasil, sean fuentes idóneas para disponer sobre materias sometidas a una reserva legal.

Las leyes del Parlamento expresan, en mayor grado, el pluralismo democrático, puesto que son elaboradas con la amplia y directa participación de las minorías políticas. Sin embargo, la menor legitimidad democrática de las normas del Poder Ejecutivo con fuerza de ley es compensada por limitaciones en su ámbito material (especialmente por la exclusión de algunos ámbitos en los que se considera imprescindible la participación directa de las minorías políticas) y por la institución de mecanismos de control jurídico o político por las minorías[572]. Así que, por ejemplo, la limitación del ámbito material de las *Medidas Provisorias* dictadas por el jefe del Poder Ejecutivo en Brasil, que no pueden disponer sobre el derecho penal o sobre los derechos políticos de los ciudadanos (art. 62, § 1º, I, "a" y "b", de la Constitución). Además, las *Medidas Provisorias* se someten al control político del Parlamento, que debe aprobarlas en el plazo

[570] DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema… cit.,* p. 153.
[571] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la…, cit*., p. 127.
[572] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II..., cit.*, p. 73.

de hasta sesenta días (prorrogable una vez), so pena de pérdida de su eficacia (art. 62, § 3º de la Constitución). Se someten, también, al control jurídico, puesto que cualquier ciudadano puede impugnar una *Medida Provisoria* por el incumplimiento de los requisitos y límites impuestos por la Constitución.

4.3.2. El objeto de las reservas de ley

En la tradición liberal del siglo XIX, la libertad y propiedad eran por antonomasia los derechos considerados fundamentales, por lo cual la extensión de un concepto de reserva de ley para la intervención en la libertad y propiedad para un concepto de reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales ha sido un paso natural.[573]

Tras las dos guerras mundiales del siglo XX, ante las violaciones perpetradas por los regímenes nazi-fascistas, algunas constituciones pasaron a reservar a la ley la regulación del régimen de los derechos fundamentales. Es el ejemplo de la Constitución española de 1978, que dispone que solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.[574]

En Sudamérica, la exigencia de ley para la regulación de los derechos fundamentales ha sido adoptada por diversos países. La Constitución de Bolivia de 2009, por ejemplo, dispone que "los derechos y garantías sólo podrán ser regulados por la ley" (art. 109, II). La Constitución de Colombia de 1991, a su vez, establece una reserva cualificada,[575] puesto que los derechos fundamentales solo podrán ser regulados por leyes estatutarias, que requieren

---

[573] Cfr. HEUN, Werner. *El principio monárquico y…, cit*.

[574] "Artículo 53.
CAPÍTULO CUARTO
De las garantías de las libertades y derechos fundamentales
1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a."

[575] Cfr. TORRES, Alfonso Palacios. *Reserva legal en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el colombiano.* Rev. Derecho del Estado, v. 10, 2001, p. 182.

la aprobación de la mayoría absoluta del Congreso,[576] y no pueden ser objeto de delegación al Presidente de la República.[577]

Se puede decir que la reserva de ley para la reglamentación de los derechos humanos se ha convertido en principio general de los ordenamientos jurídicos de Sudamérica, siendo exigido hasta en los países en los que no hay una regla expresa a respecto. Es el caso de Chile que, pese a que no disponga de una cláusula expresa de reserva legal, tuvo reconocido por su Tribunal Constitucional que "es principio general y básico del derecho constitucional chileno la "reserva legal" en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto" (STC Rol 239-96 C 9).[578]

La Constitución de Perú ha adoptado una cláusula de legalidad análoga a la que se expresa en el artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Según la Constitución: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (art. 2.24.a). Según el Tribunal Constitucional del país, "esta disposición contiene una reserva de ley ordinaria - general y abstracta - y que, por sus características, vincula a los poderes públicos, a los órganos constitucionales autónomos y también a los ciudadanos."

El Pacto de San José, de Costa Rica, que aprobó la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), ha impuesto la exigencia de ley para las restricciones en los

---

[576] "Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:
a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
[…]
Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura."

[577] "Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
[…]
10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias."

[578] Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales.* Ius et Praxis, v. 11, n. 2, p. 15-64, 2005.

derechos y libertades reconocidos en la Convención.[579] Así, en los países signatarios del tratado, que han trasladado el pacto a su derecho interno, es principio fundamental de orden jurídico la reserva de ley para las intervenciones en los derechos fundamentales reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica.

En la Opinión Consultiva n. 6/86, del 9 de mayo de 1986, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que "la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes", puesto que solo la ley parlamentaria garantizaba la necesaria protección a los derechos humanos, especialmente los de las minorías:

> "la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente."[580]

Se elabora así en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, una reserva parcial general de ley, obligando a que las limitaciones a los derechos fundamentales "se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución."

---

[579] "Artículo 30. Alcance de las Restricciones
Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas."

[580] https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=13&lang=es

En Alemania, tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, el ámbito de la reserva general de ley ha sido significativamente ampliado. Ante todo, por el propio texto de la Constitución que, de acuerdo con su art. 19.1, los derechos fundamentales solo podrán ser restringidos por ley la cual, además, debe ser general y abstracta, y en las hipótesis expresamente previstas en la Constitución.

Ya en una sentencia del 6 de mayo de 1958 (*BVerfGE* 8, 155), el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), pese a que no tenga definido propiamente el ámbito de la reserva, manifestó que la ley no estaba reservada solamente a los ámbitos tradicionales de la defensa contra la restricción de la libertad y la propiedad, sino que se extendía hacia otros ámbitos. Según el tribunal, la cláusula de la reserva de ley históricamente se remonta a la concepción del Estado de la burguesía liberal, pero los cambios en la forma de pensar el Estado social conllevan a un cambio significativo en la posición del individuo en su relación con el Estado, lo que lleva a que se extiendan los límites de la reserva legal a nuevas áreas.

En la segunda mitad de los años 70 del siglo pasado, el Tribunal Constitucional Federal alemán efectivamente amplió el alcance de la reserva, considerando que la reserva de ley en Alemania no se vinculaba ya con "formulas anticuadas" como la "intervención en la libertad y la propiedad", sino que la democracia y el Estado de Derecho determinarían que las decisiones verdaderamente importantes de un Estado democrático-parlamentario pertenecerían al Parlamento (*BVerfGE*, 21.12.1977 –1 *BvL* 1/75, 1 *BvR* 147/75).

La teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*), como ha sido conocida, establecía como reservada al Parlamento toda decisión estimada como esencial para la vida de la comunidad.[581]

Sin embargo, no se tardó en abandonar la teoría puesto que, en lugar de dar contornos más sólidos al principio de legalidad, la teoría llegaba a la consecuencia opuesta. Fragilizaba el principio de legalidad, puesto que el espacio reservado a la ley quedaba sujeto, en palabras de Antonio Embid

[581] IRUJO, Antonio Embid. *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*. Revista de administración pública, 1988, n. 115, p. 412.

Irujo,[582] a "una noción necesitada siempre de interpretación y sujeta, por tanto, a veleidades subjetivas".

Más recientemente, la doctrina y jurisprudencia han evolucionado el ámbito de la reserva legal a todos los derechos considerados esenciales al "libre desarrollo de la personalidad", según el artículo 2 da la Ley Fundamental de Bonn.[583]

La expresión surgió en la postguerra, inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 22, afirma que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.[584] Sin embargo, el término carece de exactitud conceptual, lo que hizo que su contenido se determinara de manera casuística por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha resaltado especialmente la manifestación externa de la personalidad, es decir, la llamada "libertad general de actuación" de la persona (*allgemeine Handlungsfreiheit)*.[585]

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se ha convertido en una especie de clausula general libre de un contenido pre-determinable, entonces pasible de acoger cualquier contenido, una especie de derecho "captura todo", que "captura todas las actividades humanas concebibles", según la severa crítica que lanzó el juez Dieter Grimm en la decisión del Tribunal Constitucional Federal 80, 137 (*BVerfGE* 80, 137, del 6 de junio de 1989).[586]

En definitiva, es posible que se establezca una reserva con carácter general, como la reserva de ley para regulación de los derechos fundamentales prevista en el art. 53.1 de la Constitución de España, o se establezcan reservas

---

[582] IRUJO, Antonio Embid*. La relación entre…, cit.*, p. 414.

[583] Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona]
(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.
(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

[584] "Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

[585] Cfr. KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded*. Duke University Press, 2012, p. 405; KOSMIDER, Mariusz Ryszard. *El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad en los sistemas constitucionales alemán y español***.** Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), n. 23, 2018, p. 683.

[586] Cfr. KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional…, cit.*, p. 404.

de modo particular para la regulación de un determinado supuesto de hecho. Sin embargo, tratándose de norma que regula la competencia de los poderes constituidos del Estado – en este caso, afecta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo – la reserva de ley tiene que estar expresamente prevista en la Constitución, es decir, no hay reservas de ley que resulten implícitamente de la naturaleza de ningún derecho o norma.

En general, los hechos que se refieren a los derechos considerados fundamentales en las cartas constitucionales son protegidos por una reserva de ley, sea en su desarrollo sea en las hipótesis de restricción admitidas, lo que indica que incluso en los ordenamientos jurídicos en los que no hay una cláusula general de reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales, la reserva de ley es una regla de protección direccionada – no exclusivamente, pero esencialmente – para la protección de estos derechos.

En los ordenamientos jurídicos de los Estados Democráticos de Derecho, en los cuales se reconoce el principio de libertad, la ley asume una doble función: es la fuente de donde emanan los poderes del Estado y es, además, la fuente de donde deben emanar las futuras regulaciones y restricciones de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

La afirmación anterior es sencillamente comprobable por la simple lectura de la Constitución de España que, en los artículos 6, 11.1, 16.1, 17.1, 19, 20.4, 23.2, 28, 33, 35, entre otros, dispone sobre reservas de ley para la regulación de diversos derechos fundamentales, mientras que en los artículos 8.2, 54, 56, 68.1, 98, 103.2, 104, 107, 117.4, 122.2, 124.2, 125, 136.4, 165, entre otros, se dispone que la competencia de los órganos y entidades del Estado serán determinados por ley y en los artículos 20.3, 93, 132.1, 133.1, 133.4, 134, 156, 157.3, entre otros, se determina que la ley dispondrá sobre prerrogativas y potestades de los poderes públicos.

Así también en la Constitución de Italia que, en los artículos 8, 10, 13, 14, 15, 16, 21, 23, 25, 27, 51, 32, 39, 40, 41, 48 y 65, entre otros, dispone sobre reservas de ley para la regulación de diversos derechos fundamentales, mientras en los artículos 95, 97, 99, 100, 103, 108, 113, 118, 121 y 125, entre otros, se dispone que la competencia de los órganos y entidades del Estado serán determinados por ley, y en los artículos 36, 43, 44, 52, 79 y 98 , entre otros, se

determinan que la ley dispondrá sobre prerrogativas y potestades de los poderes públicos.

La Constitución francesa de 1958 no dispone de un catálogo de derechos fundamentales; sin embargo, en su preámbulo, ha proclamado "solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789",[587] que, a su vez, exige la edición de una ley para la regulación y restricción de diversos derechos los cuales garantiza, además de proclamar la cláusula general de ley en las medidas que afectan a la libertad (art. 4). Asimismo, el art. 34 atribuye a la ley la fijación de normas sobre "derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas" y "nacionalidad, estado y capacidad de las personas."

En realidad, esta es la estructura básica de los textos constitucionales contemporáneos, que reservan a la ley la regulación de los derechos y libertades fundamentales y de las competencias, prerrogativas y potestades del Estado, lo que es corolario directo del reconocimiento de que todos los seres humanos son naturalmente libres y tienen una dignidad que les es propia por la simple razón de su naturaleza humana. La dignidad humana requiere que se respete la vida y la integridad física de las personas, además de la capacidad de conocer, de expresar su visión de mundo, de relacionarse libremente, de desarrollar su identidad y ejercerla libremente, de determinar libremente sus propósitos. Siendo derechos naturales de los hombres, los derechos humanos de cada uno solo encuentran limitación legítima en los mismos derechos de los otros, lo que había sido reconocido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos" (art. 4º). Desde el punto de vista ético, la afirmación hecha en 1789 permanece como verdadera y es el fundamento de los órdenes

[587] La positividad de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya había sido reconocida por el Consejo de Estado francés incluso antes de la Constitución de 1958. En el *arrêt* de 6 de febrero de 1953, el Consejo de Estado decidió qué "materias están reservadas a la ley, ya sea en virtud de las disposiciones de la Constitución, ya sea por la tradición constitucional republicana que resulta, en particular, del Preámbulo de la Constitución y de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789".

jurídicos de las democracias contemporáneas. Este es el límite material de los derechos humanos.

Pero, además de un límite material, se le impone un límite formal, que tiene por finalidad impedir que el límite material sea ofendido: la limitación de un derecho humano depende de una decisión en la que todos los interesados puedan participar activamente. Se reserva, por ello, a la ley, la regulación de estos derechos.

Como hemos dicho en el apartado anterior, algunas Constituciones disponen de una reserva de ley general para la regulación de los derechos fundamentales. Sin embargo, más comúnmente no se impone una reserva general, sino que se define casuísticamente qué derecho está sometido a una reserva de ley, aunque al fin y al cabo muchos de los derechos que están sometidos a la reserva legal sean en definitiva derechos fundamentales. Por lo que, en los temas de mayor transcendencia para la sociedad, en los que haya un gran riesgo de vulneración de los derechos y garantías fundamentales de las minorías, la decisión sobre la normalización del tema se deriva privativamente al poder legislativo o a las normas en las que el poder legislativo ejerce alguna forma de control (previo o posterior).

Originalmente, las reservas de ley que se reclaman en las declaraciones de derecho medievales y, después, la reserva general otorgada en las Constituciones del siglo XIX, tenían como objeto solamente las actividades administrativas de intervención en la libertad y propiedad privada. Se planteaba una defensa a las restricciones de estos derechos privados, proclamados en estas declaraciones y constituciones, exigiéndose que cualquier limitación de estos derechos fuera aprobada por los propios súbditos a través de sus representantes en las cortes y parlamentos. Son las esferas privadas protegidas jurídicamente contra el poder político. Donde no existe esta protección queda el poder político libre para actuar.

La reserva de ley para los actos de intervención en la libertad y propiedad privada estaba basada en la idea de que había dos esferas netamente distintas, la estatal, donde hay una relación de subordinación de los individuos al Estado, y la de la sociedad, donde prevalece la libertad individual. Siempre que el Estado invadiera la esfera de la actuación libre de los individuos habría que exigir una ley autorizándolo.

Se planteaba, además, que la reserva de ley era una defensa a la intangibilidad de los derechos naturales de propiedad y libertad, por lo que no se extendía a los actos en los que el Estado proporcionara un beneficio o ventaja a los ciudadanos. Esta opinión ha sido defendida hasta el inicio del siglo XX por importantes teóricos del derecho público alemán a ejemplo de Otto Mayer.[588]

Esta distinción, sin embargo, ya no tiene sentido en el Estado de Derecho, donde no existe ya una esfera de poder político libre de control. Todo poder político solo se ejerce legítimamente bajo la forma jurídica. Parafraseando a Afonso Rodrigues Queiró,[589] "*Tôdas as funções do Estado, - e a administrativa in specie - se devem realizar na forma do Direito e as normas do Direito são o quadro da atividade do próprio Estado*." Así, no solo los actos de intervención, sino todo el conjunto de la actividad estatal debe realizarse bajo los preceptos jurídicos, en especial, las leyes, fuentes primarias del orden jurídico constituido. Por ello, también la actividad administrativa prestacional, tan importante y variada en el Estado social, se somete al principio y a la regla de legalidad. De ello, como bien advierte Hartmut Maurer,[590] no resulta una "reserva total, que comprende la totalidad de la actuación administrativa, pero sí que las decisiones fundamentales e importantes para los ciudadanos y la comunidad deban ser adoptadas por el legislador y bajo su responsabilidad."

La reserva de ley no se impone, por lo tanto, en virtud de la naturaleza restrictiva de la acción de la Administración, tampoco en virtud de cualquier otra categoría o característica del acto. Además de la necesaria determinación legal del sujeto y de las características mínimas del objeto de cualquier potestad estatal, será la Constitución la que determinará qué actos y, además, en qué aspectos, estarán reservados a la previa regulación de la ley. Como observó Canotilho,[591] la reserva de ley no puede divorciarse de las estructuras constitucionales concretas de cada país, puesto que dispone sobre la delimitación de competencia (legislativa) entre los órganos estatales que solo puede ser determinada según el orden constitucional positivo.

---

[588] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo…, cit.*, p. 129.
[589] QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do" desvio de poder" em direito administrativo***.** Revista de direito administrativo, v. 6, 1946, p. 46-47.
[590] MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo…, cit.*, p. 117.
[591] CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição***.** Coimbra, Almedina, 2003, p. 724.

4.3.3. La extensión de las reservas de ley

Hubo una tentativa de diferenciar el grado de la reserva en virtud de la expresión gramatical utilizada. Según Marco Betzu,[609] en Italia, por ejemplo, se propuso que compete a la ley la regulación de todos los aspectos (elementos) del acto cuando la reserva de ley fuera determinada a través de las fórmulas "por la ley" y "en los casos y en las formas previstas por la ley", mientras que el legislador estaría obligado a solo fijar las líneas fundamentales cuando la regulación de la materia hubiera de darse "de acuerdo con la ley".

Dada la enorme influencia de la doctrina jurídica italiana en Brasil, este criterio es utilizado por algunos constitucionalistas brasileños, a ejemplo de José Afonso da Silva,[610] para quien las expresiones "la ley regulará", "la ley dispondrá", "*la ley complementaria organizará*", "la ley criará", "la ley podrá definir" expresan una reserva absoluta de ley, mientras expresiones tales como "en los términos de la ley", "en el plazo de la ley", "en la forma de la ley", "con base en la ley", "en los límites de la ley", "según los criterios da ley" admiten que parte de la disciplina de la materia sea relegada a otras fuentes diversas de la ley.

El criterio, sin embargo, es extremamente frágil, lo que es denunciado por Marco Betzu[611] y por Riccardo Guastini[612] puesto que, desde el punto de vista lingüístico, estas expresiones son equivalentes o, como mínimo, no tienen un significado suficientemente distinto como para determinar la intensidad de la reserva. Por otro lado, no expresan ningún concepto jurídico, no definiendo qué elementos del acto deben estar regulados por la ley.

Desde luego, hay un error lingüístico en la definición de la intensidad de la reserva (absoluta o relativa) a partir de la locución que atribuye a la ley la regulación de la materia (“en los términos”, “con base en”, “en virtud de”, etc.), puesto que lo que define la intensidad de la reserva son los ámbitos del acto

---

[609] BETZU, Marco. *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico*. Rivista Costituzionalismo.it, 2/2013, p. 5.
[610] AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 426-427.
[611] BETZU, Marco. *La riserva assoluta…, cit.*, p. 5
[612] GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto..., cit.*, p. 137.

administrativo a los que ella se impone. La reserva no se define por la locución causal que se emplea, sino por los términos que deben ser determinados por la causa (la ley) a los que la locución se refiere. Así que absoluta es la reserva de ley exigida para la regulación de todos los elementos del acto (sujeto, objeto, motivo, causa y finalidad).

Las reservas resultan directamente de la experiencia histórica de las sociedades, que han percibido que estos ámbitos son especialmente importantes y vulnerables a la intervención de los órganos de coerción del Estado, lo que justificaría que se estableciera una exigencia adicional de regulación por ley de algún aspecto específico de la materia. Por ello, como muy bien advirtió la Corte Constitucional italiana, en la Sentencia n. 383, de 1998, además del propio texto de la norma que dispone sobre la reserva de ley, la interpretación sistemática e histórica define, en gran medida, la extensión de la materia reservada a la ley. Así que se reconoce un margen de libertad muy estrecho en materia penal.[613] Primero, a causa de que la protección que históricamente se ha exigido contra las detenciones y prisiones arbitrarias, impone que uno solo pueda ser castigado con las penas y por los crímenes previstos en una ley (*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) y, asimismo, solo mediante el debido proceso previsto en ley. Pero, además, porque la propia Constitución, y los tratados internacionales y principios que, en su conjunto, forman el bloque de constitucionalidad, así lo exigen.[614]

---

[613] "*Dipende invece dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica, il carattere di ciascuna riserva, carattere chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato."*

[614] El concepto de "bloque de legalidad" ha sido utilizado por la doctrina francesa especialmente para justificar la utilización de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como fundamento de las decisiones del Consejo Constitucional francés, especialmente la decisión de 16 de julio de 1791, respecto a la libertad de asociación, que se convirtió en el *leading case* del tema. En la decisión, el Consejo Constitucional reconoció fuerza normativa al preámbulo de la Constitución, por consecuencia, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, puesto que el preámbulo de la Constitución proclamaba solemnemente la adhesión del pueblo francés "a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946".

En el derecho español, el término ganará un sentido más amplio, especialmente a partir de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley n. 2, de 3 de octubre de 1979), que dispone, en su art. 28.1: "*Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.*"

La labor de definir los límites de la reserva de ley, por lo tanto, además de la interpretación semántica, de los elementos lingüísticos a que se refiere, depende esencialmente de una interpretación histórico-social, de los valores a los que la norma decide proteger y de las vicisitudes de la organización político-social que llevan a la vulneración de estos valores. Este análisis, sin embargo, como la historia de la humanidad, por lo general, está repleta de continuidades y rupturas, de causalidades y accidentes. Por ello, en la búsqueda del sentido de la norma, el intérprete, además de respetar los valores y deseos de la sociedad, debe revelar la cadena de las causas eficientes y las meras accidentalidades que no han contribuido a la construcción del fenómeno. Debe identificar los cambios en el fenómeno que son meros cambios en su devenir histórico de los cambios que establecen una ruptura, el término de un determinado fenómeno e inicio de otro, con características sustancialmente distintas.

4.3.4. La intensidad de las reservas de ley

Conforme hemos dicho anteriormente, la exigencia de determinación del sujeto y del objeto de la acción administrativa, además del destinatario, en las potestades que recaen sobre relaciones jurídicas, no impide que la ley deje a la Administración un margen de discrecionalidad para decidir sobre la mejor forma de ejercer su función. También en las hipótesis en las que la Constitución reserva una determinada materia – o algunos aspectos de ella – a la privativa regulación de la ley, permanece la prerrogativa de la Administración de desarrollar el contenido de la ley, sea por actos concretos (actos administrativos), sea por actos normativos (reglamentos).

El principio de legalidad – sea la regla general de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no exige, sea alguna eventual reserva de ley prevista en la Constitución – no impone una total coincidencia entre lo dispuesto en la ley y la acción de la Administración lo que, desde luego, proviene de la propia diferencia entre la estructura de la ley, general y abstracta, y el acto administrativo, individualizado y concreto.

En la lección de Adolf Julius Merkl,[615] todo orden jurídico es una estructura escalonada de normas, donde cada norma es creación del derecho, que innova en las normas ya existentes y, al mismo tiempo, aplicación del derecho puesto que, a excepción de la Constitución, toda norma del sistema es aplicación de una norma antecedente. La intensidad de determinación a que se someten cada grado varía, reconociéndose a los niveles superiores o antecedentes un margen de libertad de configuración de su acción más amplio que el nivel inferior o subsecuente.[616] De esta manera, en las materias reservadas a la ley, la Administración intervendrá solamente tras la debida regulación del legislador (constitucional u ordinario), por lo que su espacio de acción estará acotado por las disposiciones de la ley, pero todavía (casi siempre) le quedará un espacio propio de acción.

Gracias a la propia estructura del derecho, el poder discrecional es un elemento necesario en la formulación de las normas jurídicas.[617] El nivel antecedente de la organización del orden jurídico define uno o algunos elementos objetivos del nivel subsecuente que, además de la aplicación de estos factores objetivos, impone, subjetivamente, nuevos elementos que se convertirán en elementos objetivos condicionantes de la acción de los actores del próximo nivel y así hacia adelante hasta que, en el último grado, se encuentre el acto concreto, que no condicionará a ningún otro acto pero, que de la misma manera que todos los actos anteriores actuará en la aplicación de los elementos objetivos determinados por los grados anteriores y complementará el acto con los elementos subjetivos necesarios para dotarlo de la materialidad necesaria. Puede que, en este último grado, no haya más espacio para ningún juicio subjetivo del agente, que el acto sea absolutamente vinculado. Sin embargo, la ausencia de espacios en blanco para ser ocupados por el administrador público es una mera contingencia, no una exigencia de la naturaleza misma de la función legislativa.

---

[615] MERKL, Adolf. *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbues.* Viena, 1931; versión en portugués publicada en el capítulo *Prolegômenos para uma teoria da construção escalonada do Direito* del libro *Escritos de teoria do direito.* São Leopoldo, Editora Unisinos, 2018, p. 293.

[616] Cfr. WALTER, Robert. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen***.** Bogotá, Universidad Externado, 1999, p. 37.

[617] Cfr. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do..., cit.*, p. 44

En general, el legislador interviene primariamente en la regulación de las materias que le están reservadas. La Constitución, ordinariamente, nada o poco dispone sobre el objeto que reserva a la ley. Así pues, el legislador dispone de un margen de libertad desde luego muy amplio. Partiendo de un espacio tan poco reglado, una regulación exhaustiva del tema por el legislador exigiría la elaboración de una ley muy extensa y minuciosa. Sin embargo, la actividad legislativa, especialmente aquella desarrollada en el Parlamento, no se destina, realmente, a regulaciones muy detallistas. Por dos razones fundamentales: inicialmente, porque el legislador no es un experto en los temas que les son sometidos por lo que, en general, define solamente los aspectos más fundamentales de la materia, dejando a los órganos técnicos administrativos la misión de, a partir de juicios técnicos, llenar las lagunas y definir el mejor contenido de la acción administrativa. Pero, además, porque ante la diversidad de materias sometidas, exigírsele al legislador que regulara de forma exhaustiva todos los temas que se le son sometidos inviabilizaría la actividad legislativa. Es, por ello, casi siempre inevitable que la regulación del legislador, por más minuciosa y detallista que sea, deje al administrador público un margen de discrecionalidad en su actuación.

La discrecionalidad, en realidad, es un elemento necesario en la propia estructura de formación gradual del derecho, donde en cada momento de aplicación del derecho hay también una actividad de innovación.[618] Así, salvo en las hipótesis excepcionales de actos administrativos absolutamente vinculados, la acción administrativa innovará en alguna medida el contenido dispuesto en la ley.

Para muchos,[619] la reserva de ley exigiría del legislador la regulación completa de la materia, prohibiéndose a la Administración cualquier actuación que no fuera mera ejecución de los preceptos de la ley. Todos los elementos de la acción administrativa deberían estar previstos en la ley. *Data maxima venia*, se confunde la reserva de ley con la vinculación del acto administrativo, lo que son conceptos distintos. La reserva de ley determina que uno o algunos aspectos

[618] Cfr. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do..., cit.*, p. 44.
[619] Cfr. BARROSO, Luis Roberto. *Princípio da legalidade. Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas***.** Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, NDJ, 1997, p. 17

de una materia deban ser regulados privativamente por la ley, pero no impone que la ley determine de manera vinculante todos los elementos del acto administrativo que está por reglamentar. Más allá del aspecto reservado de la materia, queda la discrecionalidad para la acción subjetiva de la Administración en aquellos espacios que la ley ha dejado libre al juicio de oportunidad y conveniencia de la Administración.

Puede que la propia ley reguladora de la materia reservada reconozca un margen de discrecionalidad para que la Administración actúe según criterios de oportunidad y conveniencia determinados casuísticamente por la propia Administración puesto que, como advierte Manuel Rebollo Puig,[620] la reserva solo determina que determinados aspectos de los actos estén, dentro de lo posible, integralmente regulados por una ley, "pero no señala cómo tiene que ser esa regulación, ni en qué grado han de quedar prefiguradas las actividades no normativas que en su ejecución se produzcan".

En definitiva, lo que no se admite es que la innovación resulte de una disposición "independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador", como fue destacado por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia n. 83, de 24 de julio de 1984. Pese a que el tribunal se ha manifestado específicamente respecto al orden jurídico español, la conclusión puede ser extendida a cualquier sistema democrático que se estructure bajo el principio de legalidad, puesto que adviene de la propia estructura de las leyes y su relación con los actos – individuales y normativos – que les son subalternos.

Una reserva de ley, sin embargo, puede ser violada no sólo por la acción administrativa que no resulte directamente de la ley, sino, además, por la acción administrativa que resulte directamente de la ley, pero de una ley que regule de forma incompleta la materia sometida a la reserva, dejando a la Administración la facultad de actuar con un grado de libertad que equivaldría a que, en definitiva, la materia no quedara reservada a la ley.[621] Muy bien observa Balaguer

[620] REBOLLO PUIG, Manuel. *Judicialidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*. Revista de Administración Pública, n. 125, 1991, p. 146.
[621] Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto.* Torino, 1996; versión en español, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona, Gedisa,1999, p. 336.

Callejón[622] que “la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el legislador”. Según el autor, la determinación del espacio reservado de la ley se hace fundamentalmente a través de tres criterios. Ante todo, la reserva define “el marco de los derechos y los deberes de los ciudadanos” respecto a la materia regulada. Pero, además, el conocimiento de los derechos y deberes del ciudadano debe resultar del mero análisis del texto legal; cualquier otra norma o acto solamente podría intervenir para determinar el *modo* cómo estos derechos y deberes deben ser ejercidos. Por último, los actos infralegales solo pueden disponer de manera innovadora en aquello que sea necesario para la ejecución de la ley o para colmar los vacíos normativos que impidan la aplicación de la ley.

Estos criterios pueden ser reunidos bajo la idea de que la reserva garantiza la intangibilidad por la Administración del *estatus jurídico* básico que debe ser definido por la ley en las materias que le son reservadas. El *estatus jurídico* es el conjunto de derechos y obligaciones que resultan de la posición del sujeto en la relación jurídica objeto de regulación. Así, por ejemplo, la Constitución brasileña garantiza el libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las cualificaciones profesionales que la ley establece (art. 5º, XIII). Así pues, respecto al *estatus jurídico* del individuo en sus relaciones de trabajo u oficio, es un derecho fundamental el libre ejercicio de cualquier oficio y solo la ley puede imponer algunos requisitos técnicos para el ejercicio de oficios que requieran conocimientos o el manejo de técnicas específicas. Aspectos secundarios de la regulación, sin embargo, pueden ser objeto de determinación por la Administración, como la metodología para la medición de estos requisitos, según el estado actual de la técnica.

4.4. La reserva de administración

Las normas dictadas en el ejercicio del poder legislativo no necesitan agotar la regulación de la acción de la Administración, puesto que es de la propia esencia de la actividad administrativa la necesidad de un margen de libertad para la evaluación de la mejor forma de atender al interés público en cada situación

[622] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho… Volumen I, cit.*, p. 194.

concreta. La ley, sin embargo, debe siempre determinar qué poder es adjudicado y a quién, es decir, debe siempre determinar el sujeto y el objeto de la competencia.

Pero, si la Administración Pública no puede decidir respecto a cuáles son sus poderes, tampoco puede la ley decidir lo que debe hacer la Administración Pública en el caso concreto pues, de lo contrario, no habría una organización de un poder heterónomo, controlado por una norma externa, sino un poder autónomo ejercitado por el legislador.

El principio de separación de los poderes del Estado prohíbe no solo la concentración de poderes en manos del Poder Ejecutivo, sino de cualquier órgano o autoridad. El legislador también debe respectar un espacio que es propio de la Administración Pública, en el cual no puede adentrarse. Por ello, además de una reserva de ley, habría también una reserva de administración, un espacio que es privativo de la Administración Pública, que resulta del núcleo esencial de esta función.[624]

La idea de una reserva general de administración, indemne a cualquier invasión del poder legislativo, sin embargo, no ha sido aceptada pacíficamente. Por el contrario, ha encontrado una fuerte resistencia en la doctrina y en la jurisprudencia. Así que, en Italia, la Corte Constitucional ha decidido, en la Sentencia n. 143, de 1989, que no hay en la Constitución italiana ninguna disposición que establezca una reserva a los órganos administrativos para la práctica de actos que tengan un contenido particular y concreto.[625] El Tribunal Constitucional de España también admite la validez de leyes de efectos concretos, cuyo objeto sea en realidad un acto administrativo, desde que "circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello

---

[624] Cfr. CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. *Direito constitucional..., cit.,* p. 739.

[625] "*D'altra parte, come pure ha affermato questa Corte nelle decisioni precedentemente ricordate, nessuna disposizione costituzionale o statutaria comporta una riserva agli organi amministrativi o <esecutivi>) degli atti a contenuto particolare e concreto. Una tale riserva, infatti, non solo non può essere desunta dalle norme che attribuiscono agli organi regionali le funzioni amministrative, le quali non definiscono mai queste ultime in base a caratteri strutturali delineati in opposizione a quelli attribuibili alle funzioni legislative, ma é anche contraddetta da varie norme costituzionali, che, a fini di maggior tutela e garanzia dei diritti degli interessati, riservano il concreto provvedere ad autorità non amministrative e, in particolare, a quelle giudiziali.*"

necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular." (Sentencia n. 166, de 19 de diciembre de 1986).

En Portugal, el Tribunal Constitucional portugués rechazó la existencia de una reserva general de administración ante la ausencia de límites materiales a las competencias legislativas de la Asamblea de la República (*Acórdão n. 1/97)*. Según el tribunal, el ámbito específico de actuación del Poder Ejecutivo, como corolario de la división e interdependencia de los órganos de soberanía, no implicaría una reserva originaria y absoluta sobre determinadas materias, sino simplemente la facultad de elegir entre alternativas de decisión, dentro del espacio de discrecionalidad dejado por la ley parlamentaria.

La defensa de la existencia de una reserva de administración tampoco tuvo mejor suerte en el derecho alemán,[626] donde "no ha tenido ningún éxito en la doctrina", conforme informa Fernández-Valmayor.[627]

En general, no se admite que el legislador actúe en sustitución del juez, solventando conflictos de intereses, mediante la definición del derecho aplicable en un caso concreto. La reserva de jurisdicción, es decir, la prerrogativa privativa del Poder Judicial de dictar sentencias en los conflictos ha sido particularmente aceptada por la doctrina. Sin embargo, en general no se admite igual prerrogativa – la reserva privativa de algunas actividades – para la función administrativa.[628]

Sería propio de la actividad legislativa la capacidad de dictar hasta los más mínimos detalles de la función de los órganos administrativos. La eventual discrecionalidad reservada al administrador podría ser en cualquier momento limitada o hasta incluso suprimida por el legislador. Como destaca Cabral de Moncada,[629] la Constitución dispone sobre un espacio propio de la actividad de la Administración, pero no hay limitación a la intervención legislativa en

---

[626] Sobre el debate respecto de la existencia de una reserva de administración en el derecho alemán, Cfr. IRUJO, Antonio Embid. *La relación entre…, cit.*, p. 415 y ss.
[627] FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo*. Revista de administración pública, 2014, n. 193, p. 23.
[628] Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?).* Revista española de derecho constitucional, 1988, n. 24, p. 54.
[629] MONCADA, Luís Cabral de. *Ensaio sobre a..., cit.*, p. 371.

cualquiera de las actividades administrativas. En palabras de Baño León,[630] "la ley tiene una competencia ilimitada para definir la competencia administrativa". La división de los poderes del Estado no impide que el legislador regule cuestiones concretas o tome partido en el ámbito de las relaciones especiales de poder que la doctrina tradicional reservaba al ejecutivo.

En el Estado Liberal del siglo XIX, en el que se reconocía a la ley una fuerza absoluta, no se admitía, desde luego, que se impusiera cualquier límite material a su actuación. Sin embargo, desde el momento en que se reconoce a la Constitución una fuerza normativa supra legal, los límites de la ley ya no se imponen por la ley misma, sino por el reparto de competencias y definición de fuentes establecidas en la Constitución. De esta manera, aunque no haya una delimitación abstracta del espacio del administrador, inexpugnable por el legislador en ninguna circunstancia, el reparto de competencias determinado por cada Constitución puede concretamente definir espacios de actuación reservados a la función administrativa, incólumes a la intervención del poder legislativo.

Pero, aunque no haya un límite horizontal a la actuación legislativa, que podría alcanzar cualquier materia, habría un límite vertical, de profundidad, que impediría que el poder legislativo aplicara la ley en el caso concreto. El poder legislativo puede alterar una competencia administrativa, pero no puede individualmente dictar una ley cuyo contenido sea la aplicación concreta de una competencia administrativa prevista en ley.[631] El Parlamento no puede disponer sobre lo que llama de "dominio de ejecución" de las leyes, sustituyendo a la Administración y ejecutando él mismo las leyes que ha dictado anteriormente, abrogándolas singularmente o ejecutándolas de forma que anule la correspondiente función de la Administración.

Tampoco podría el poder legislativo revocar los actos llevados a cabo por la Administración, puesto que el juicio de oportunidad y conveniencia ínsito a la revocación resulta de la discrecionalidad que es concedida a la propia Administración en el momento de la práctica del acto. No podría, además, anular

[630] LEÓN, José María Baño. *Reserva de Administración y Derecho comunitario*. Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional/Working Papers on European Law and Regional Integration. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), 2011, p. 3.
[631] Cfr. IRUJO, Antonio Embid. *La relación entre…, cit.*, p. 417.

los actos practicados por la Administración, so pena de usurpación del poder de autotutela de la Administración o, peor aún, de la función jurisdiccional, privativa del Poder Judicial y que solo excepcionalmente, en las hipótesis expresamente previstas en la Constitución, podría ser ejercida por los demás poderes del Estado.

Hay, asimismo, reservas de administración específicas, determinadas por la respectiva distribución constitucional de competencias. Claro que no se trata, en esencia, de un principio propio de "reserva de administración", sino más bien de la propia preservación de las competencias de cada órgano o autoridad del Estado. Pero, sin embargo, sí que es posible hablar, aunque de forma indirecta, de una limitación a la actividad del legislador, que no podría invadir los espacios que la Constitución otorgó a la Administración Pública.

4.5. El problema de los derechos fundamentales que exigen una prestación a cargo del Estado

La extensión de la exigencia de una regulación legal con una "densidad normativa mínima" para autorizar la acción de la Administración Pública se hace aún más compleja y difícil de determinar cuando se refiere a los Derechos humanos reconocidos por el orden jurídico.

Estos derechos, en general, no son prescripciones concretas de conductas determinadas, sino prescripciones que determinan la promoción de un estado ideal de cosas, pero que no disponen sobre los medios, dejando al intérprete la evaluación sobre la conducta más apta para alcanzar estas metas.

Aunque no se disponga sobre los medios, la finalidad es coercitiva, de manera que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas adecuadas para la preservación de estos derechos independientemente de una eventual regulación por el legislador ordinario.

A partir especialmente de la Constitución alemana de 1949, que dispuso que los derechos fundamentales son de aplicación directa y, por ello, vinculan directamente no solo al Poder Legislativo sino, además, a los Poderes Ejecutivo y Judicial,[632] las demás Constituciones pasaron a determinar expresamente la

[632] "1.3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable."

aplicabilidad directa e inmediata de los derechos fundamentales, aunque positivados bajo la forma de principios.

En la sentencia 26/1969, del 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, declaró que una eventual omisión del legislador en la regulación de un derecho fundamental no le retira su eficacia directa e inmediata, por lo que los aplicadores (judiciales y administrativos) deben hacer la integración necesaria para que el derecho tenga la eficacia mínima necesaria.

La jurisprudencia alemana se ha extendido a las cortes constitucionales de otros países, que pasaron a admitir la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales, que no dependen, por ello, de una ulterior reglamentación por el legislador. Así, por ejemplo, lo ha decidido la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia c-581/01) y el Tribunal Constitucional de España (STC 15/1982).

De esta manera, los derechos fundamentales "son, por tanto, verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculcado. Es decir, los derechos fundamentales desarrollan constitucionalmente frente al poder público una eficacia vinculante que tiene carácter inmediato y directo".[633]

Pero, cuando tengan la naturaleza de principio, estos derechos necesitan de una obligatoria integración con las demás normas del sistema, para que se pueda extraer de ellos una regla que tenga operatividad directa e inmediata, puesto que los principios no determinan inmediatamente la adopción de ninguna conducta específicamente, sino solo "estados de cosas" para ser atendidos.

La integración que se requiere para la aplicación inmediata del principio, sin embargo, no se confunde con legislación. A los órganos administrativos y judiciales solo es posible la integración de las normas, siéndoles prohibido, en la aplicación de los derechos fundamentales, legislar creando reglas no previstas en el orden jurídico. Integrar es juntar los elementos existentes en el sistema a fin de extraer el sentido de la norma. Por el contrario, cualquier determinación basada en un principio constitucional que no puede ser extraída de la integración

[633] CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho constitucional. Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, Deberes constitucionales y principios rectores, Instituciones y órganos constitucionales.* Madrid, Tecnos, 2011, p. 61.

de las normas del sistema no se caracteriza como integración, sino como legislación. Así pues, cuando la norma no tenga densidad normativa suficiente para que se extraiga de ella una regla de conducta, le está vedado a la Administración legislar, innovando en el orden jurídico, bajo la justificación de que está aplicando directamente un derecho fundamental.

La fuerza normativa de los derechos fundamentales, sin embargo, conlleva un serio problema respecto a la exigencia de legalidad: ¿cómo conciliar la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales con el principio de legalidad administrativa cuando la efectividad de un derecho fundamental dependa de medidas administrativas no previstas en ley?

La plena efectividad de algunos derechos fundamentales proviene directamente de los propios términos de la Constitución. Así ocurre con los derechos de libertad, como las libertades de oficio, de prensa, opinión y culto, y los demás derechos que se satisfacen con la mera no-intervención del Estado en las relaciones privadas.

Sin embargo, hay derechos fundamentales que necesitan de la actividad mediadora del Estado para que puedan ser implementados, especialmente los derechos sociales, como los derechos a la salud y a la enseñanza.[634]

La afirmación de que los derechos fundamentales son normas de eficacia directa e inmediata ha llevado a una confusión respecto a los límites de la aplicación de las normas que proclaman estos derechos. Según el principio de jerarquía, toda norma válida y eficaz limita el contenido de las normas que le son inferiores, que no pueden contrariarla, so pena de invalidación. Limita, además, los actos concretos, que tampoco pueden ser incompatibles con estos derechos, también so pena de invalidarlos. De esta manera, el derecho fundamental a la igualdad, previsto en el art. 5º de la Constitución de Brasil, impide desde luego que una ley excluya a una persona de la obligación de pago de tributos o que la Administración deje de cobrar de esta persona el tributo previsto en ley. Estas dos conductas resultan directamente de los propios términos del derecho. El derecho de igualdad, sin embargo, no autoriza directamente la expropiación de un bien privado por la Administración. Del término “derecho de igualdad” no resulta lógica o semánticamente el predicado

[634] Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional..., cit.*, p. 478.

“derecho del Estado expropiar ciertos bienes privados”. Es necesario, en esta hipótesis, la existencia de un juicio intermedio entre el derecho constitucional y la acción de la Administración, que debe hacerse a través de una ley o por las especies normativas con fuerza de ley. Es necesario que una ley autorice al Estado a garantizar la igualdad a través de la expropiación de ciertos bienes privados cuando estén presentes determinadas condiciones. Para que la exigencia de legalidad sea observada es imprescindible que la acción de la Administración esté contenida en los términos de la Constitución o de una norma con fuerza de ley, que puede dejar a la Administración un espacio de libre elección (discrecionalidad), pero esta discrecionalidad debe resultar directa y lógicamente de los propios términos de la ley.

Estos derechos fundamentales expresos en la forma de principios son normas parciales, que demandan complementación para que se conviertan en la prescripción de una conducta determinada. En el Estado de Derecho, para que estos principios adquieran la fuerza jurídica necesaria para autorizar la intervención de la Administración en el patrimonio jurídico de los particulares es necesaria una complementación hecha por una norma con fuerza de ley. No basta con determinar los fines, la exigencia de legalidad solo se cumple cuando se determinan mínimamente los medios a utilizar. Es decir, puede que haya un margen de libertad en la elección de los medios, pero es necesario que haya una definición mínima del objeto de la prescripción, lo que significa decir que debe haber una definición mínima de los medios y de los destinatarios de la acción de la Administración.

Los derechos fundamentales expresos en la forma de principios vinculan a la Administración, que está obligada a interpretar las normas de acuerdo con estos principios (función interpretativa de los principios). Cuando no exista una norma para la solución de una controversia jurídica, los principios actúan, asimismo, como fuentes subsidiarias (función subsidiaria de los principios). También actúan limitando el espacio de discrecionalidad concedido por la ley a la Administración, que debe interpretar los límites de su discrecionalidad según los principios que fundamentan su actuación, que contienen los parámetros y directrices para la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos

indeterminados previstos en la ley.[635] Sin embargo, los principios, aisladamente, no autorizan nunca la acción de la Administración, que depende siempre de una norma primaria que disponga sobre los elementos lingüísticos que permitan la formulación de un predicado atribuido a un sujeto. Como hemos dicho anteriormente, en la norma debe ser posible identificar un universo de acciones concretamente identificables que recaigan sobre un objeto también identificado (el objeto directo), direccionadas hacia alguien también identificable (el objeto indirecto).

Pero, como bien dispuso el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 15/1982, a excepción de las hipótesis en que "la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable", los derechos fundamentales tienen eficacia inmediata, lo que les garantiza un contenido mínimo esencial que debe ser aplicado directamente por la Administración con independencia de la cualquier reglamentación legal.[636]

---

[635] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 390.

[636] "8. De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia.

Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella."

PARTE IV – EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN BRASIL

5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN BRASIL: UNA FÓRMULA QUE CABE EN LOS MÁS DIVERSOS REGÍMENES

5.1. La cultura de transgresión de la ley como un problema sociológico a la definición de los límites de la legalidad

El principio de legalidad administrativa encuentra en Brasil una peculiaridad sociológica que dificulta la definición de los contornos adecuados de la vinculación de la Administración Pública a la ley: la baja eficacia social del orden jurídico estatal.

La novela de Manuel Antônio de Almeida, "*Memórias de um Sargento de Milícias*", publicado en el año 1854, cuenta la historia de Leonardo, un joven alborotador que, tras muchas confusiones, consigue un trabajo de soldado en la policía de la ciudad de Rio de Janeiro, pero sigue "haciendo de las suyas" y termina por ser detenido por su superior, el *Major* Vidigal. Doña Maria, una amiga de la familia de Leonardo, decide entonces intervenir en favor de Leonardo, rogando al *Major* Vidigal que lo saque de la cárcel. El *Major* le contesta que no puede sacar a Leonardo de la cárcel, puesto que la ley no lo permite, a lo que Doña Maria inmediatamente dice sin ningún pudor: "- *Ora a lei... O que é a lei, se o Sr. Major quiser*?"

Esta anécdota ilustra muy bien lo que ha sido con demasiada frecuencia la ley en Brasil: la ley es lo que quieren aquellos que tienen el poder de imponer su voluntad. El orden jurídico formal padece históricamente de una profunda ineficacia social.

Ciertamente, todos los órdenes jurídicos padecen en mayor o menor escala de un grado de ineficacia. El Derecho solo es necesario porque no hay una correspondencia entre lo que son las acciones de los miembros del grupo y lo que deberían ser. Primero, porque no hay un consenso sobre cuáles deberían ser las reglas de conducta social. Segundo, y principalmente, porque incluso después de definirse la regla socialmente válida, siempre habrá un cierto nivel de incumplimiento del deber impuesto en la regla. Las leyes solo son necesarias, por lo tanto, cuando haya conflicto sobre la conducta a seguir o cuando algunos

se nieguen a actuar según los valores aceptados por la sociedad. Por ello, pese a lo hediondo que fuera el crimen de parricidio, Gustav Radbruch[637] nos cuenta que Solón, el sabio, no ha considerado necesario que hubiera una ley en Atenas que castigara el asesinato del padre, una vez que consideraba que nadie era en esta época capaz de cometer tan infame acción.

Un cierto nivel de incumplimiento de la regla dispuesta en su contenido es, por ello, condición esencial para la existencia de la norma jurídica. No se imponen normas coercitivas para obligar a que todos hagan lo que espontáneamente ya hacen.

Sin embargo, un nivel mínimo de observancia de la norma es condición de su propia validez.[638] Como muy bien destaca Callejón,[639] "toda norma es un intento de condicionar el comportamiento de las personas", así que, si la norma no es capaz de condicionar el comportamiento de nadie, es porque no es desde luego una norma. "Por eso la efectividad actúa como condición necesaria para la validez de toda norma, que requiere siempre un mínimo de efectividad."

Cuando se dicta una ley, la intención es que la conducta prescripta sea directamente extraíble de su texto.[640] Sin embargo, las leyes son enunciados lingüísticos y, por ello, conllevan significados no siempre unívocos y que, además, adquieren variaciones según interactúan con los símbolos y valores dispuestos en las demás normas del sistema. El texto de la ley, o la *disposición*, como más comúnmente se le llama en derecho al texto de las normas, no se confunde con la norma, que es la prescripción que se extrae tras la interpretación – literal, sistemática, teleológica, etc. – del texto de la ley.

Cuanto más flexible es la interpretación de las normas, más difícil se hace identificar lo que se configura como incumplimiento de la ley y lo que es

---

[637] RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die rechtswissenschaften.* Heidelberg, 1987; versión en portugués, *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 83.

[638] Desde el punto de vista formal, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, una ley no pierde su validez por no ser aplicada, sino solamente cuando es revocada por otra ley posterior, lo que está previsto, por ejemplo, en el orden jurídico español (art. 2.2 del Código Civil) o en el orden jurídico brasileño (art. 2º de la *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*). Sin embargo,

[639] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la …, cit*., p. 59.

[640] No se olvida que el orden jurídico no está formado solamente por normas prescriptivas, sino que hay diversas normas que no prescriben conductas directamente, como es el caso de las normas interpretativas o las normas que disponen sobre el conflicto entre normas o sobre la eficacia de las demás normas (sobre estos diversos tipos de normas, cfr. GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: Estudios…, cit.*, p. 19 y ss).

mera divergencia en cuanto a su real significado. Y cuanto menor la eficacia social de las normas, más difícil se hace distinguir el mero incumplimiento de la divergencia de interpretación. Incluso porque, en general, una de las maneras más eficaces de incumplir la ley es manipular su significado en beneficio propio.

De esta manera, los países donde las leyes presentan los menores índices de eficacia son, por lo general, aquellos donde es más difícil precisar el contenido del principio de la legalidad, puesto que hay una zona gris en la que no se puede precisar si la divergencia entre el texto de la ley y la *praxis* se debe a interpretaciones distintas sobre el sentido de la norma o al mero incumplimiento de la norma. Este es el caso, desde luego, de Brasil, donde, desgraciadamente, hasta el día de hoy impera una fuerte cultura de transgresión de las normas establecidas, el famoso "*jeito*", la auténtica manera brasileña de arreglar las dificultades, a pesar de la ley o, incluso, contra la ley.[641]

En las relaciones de los particulares con el Estado esta cultura de incumplimiento de la ley llega a su cenit. Ante la ausencia de identificación entre la sociedad y el Estado o, al menos, entre la sociedad y las élites que gobiernan el Estado, el incumplimiento de las imposiciones estatales muchas veces es visto como un acto legítimo de resistencia civil.

En este ambiente de transgresión, el Estado también se sale con la suya. Sirviéndonos de la distinción elaborada por Renato Alessi,[642] según el cual hay un interés público primario en ser perseguido por el Estado, que es el interés de toda la colectividad, y un interés público secundario, que es el interés del Estado, como persona jurídica dotada de derechos propios, se puede decir que el Estado brasileño es pródigo en perseguir el interés público secundario incluso cuando no esté en conformidad con el interés público primario.

En este contexto, el texto de la ley es estirado al máximo para adecuarse a las conveniencias puntuales, lo que lleva a que la interpretación y aplicación de la ley sea demasiado flexible, dificultándose identificar dónde termina la interpretación legítima y dónde empieza el incumplimiento ilegítimo de la ley.

---

[641] Respecto de esta cultura brasileña de "adaptación" del orden jurídico a las comodidades prácticas, véase el estudio de ROSENN, Keith S. *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications*. The American Journal of Comparative Law. Oxford University Press Vol. 19, n. 3 (Summer, 1971), pp. 514-549.

[642] ALESSI, Renato**.** *Instituciones de derecho…, cit.*, p. 184 y ss.

5.2. Un texto que ha sobrevivido a (casi) todas las Constituciones

Desde su independencia, Brasil ha pasado por diversos regímenes políticos y sistemas de gobierno. Ha sido monarquía y también República, democracia y dictadura, parlamentarismo y presidencialismo. Independientemente de la forma que haya adoptado, un elemento ha sido constante en la organización del Estado brasileño: la proclamación formal en el texto de la Constitución de que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley.

La primera constitución del país, otorgada por Pedro I en 1824, a pesar del carácter absolutista expresado en la concentración de competencias en manos del Emperador, fundaba un Estado basado en elementos típicamente liberales inspirados en el modelo revolucionario francés, como la separación e independencia de poderes, la supremacía de la ley y una extensa lista de derechos civiles y políticos.[643]

El art. 179 de la Constitución proclamaba un principio de legalidad en el molde exacto de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, al establecer la ley como única fuente legal legítima para crear derechos e imponer obligaciones:

> "*Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.*
> *I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.*
> *II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.*
> *III. A sua disposição não terá effeito retroactivo*."

La Constitución ha sido fruto de la labor de la intelectualidad brasileña que, en general, se formaba en las universidades europeas, especialmente de Portugal y Francia y, por ello, llevaba para Brasil formulaciones alienígenas[644]

---

[643] Cfr. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991, p. 95.
[644] Sobre la influencia del derecho extranjero en Brasil, véase DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*…, *cit.*, p. 22 y ss.

que, en general, estaban muy alejadas de los verdaderos problemas y de la realidad del país. Así que la construcción del Estado brasileño a partir de la independencia estuvo decisivamente influenciada por los círculos liberales de Europa, especialmente por el movimiento liberal portugués que desembocó en la Revolución del Porto, y por los intelectuales franceses, destacando el filósofo Benjamin Constant, cuyo liberalismo moderado influyó decisivamente en la elaboración de la Constitución de 1824, como se puede extraer de la lectura de los anales de la Asamblea Constituyente convocada para la confección de la Constitución, donde en todo momento los diputados invocan el nombre o las enseñanzas de Constant para fundamentar sus posiciones.[645]

El trasvase de los institutos y teorías jurídicos europeos, sin embargo, dadas las radicales diferencias entre la situación económica, social y cultural de Brasil y del "viejo continente", no pocas veces es rechazado por los usos y costumbres que están arraigados en la sociedad, lo que lleva a la ineficacia de la norma, y al agravamiento de la separación entre orden jurídico formal y la *praxis* administrativa.[646]

Al estilo más puro del liberalismo, se ha garantizado además un extenso rol de libertades civiles individuales de matiz liberal (art. 179) entre ellas, la garantía de que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley (art. 179, I) que, además, nunca tendrá efectos retroactivos (art. 179, III) y siempre tendrá una finalidad de interés público (art. 179, II).[647]

La Constitución de 1824, por lo tanto, impuso formalmente un principio de legalidad bastante avanzado para su época, garantizando no solo la forma de los actos restrictivos de la libertad sino también su finalidad (el interés público),

---

[645] Sobre la influencia de la teoría política de Benjamin Constant en la Constitución de 1824, Cfr. ALVES, Cleber Francisco. *A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado imperial brasileiro***.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2008, vol. 180, n. 45, p. 65-75.

[646] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Inovações no direito..., cit.*, p. 208), destaca esta característica de la cultura jurídica brasileña que, en el afán de copiar modelos extranjeros sin que se haga un estudio más profundo de su adecuación a la realidad del país, lleva a que haya una gran distancia entre lo que está escrito en las leyes y lo que se hace en la práctica.

[647] "*Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.*

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo."

en estricta consonancia con la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En este aspecto, el orden jurídico brasileño ha sido hasta más radical que el orden jurídico revolucionario francés, puesto que además de prever un principio de legalidad bastante amplio, impuso, en el Código Criminal de 1830, la pena de prisión para aquellos que intentaran impedir el ejercicio de la garantía prevista en el principio de legalidad.[648]

Al mismo tiempo en que proclamaba principios del liberalismo francés, la organización política del Estado brasileño obedecía a los planteamientos de las monarquías constitucionales instauradas en las naciones europeas recién liberadas de la dominación francesa. En los asuntos de mayor trascendencia (separación de poderes, distribución de competencias, derechos y garantías fundamentales, etc.), la Constitución de Brasil tendrá una disciplina bastante similar, a veces idéntica, a la Carta Constitucional de la Monarquía Portuguesa de 1826, la Constitución francesa de 1830, la Constitución de Bélgica de 1831, la Constitución de España de 1845 y el Estatuto fundamental de la Monarquía de Saboya del 4 de marzo de 1848 (*Statuto albertino*),[649] lo que ha llevado a Alfredo Varela,[650] a decir que "*o pendor da época era esse copiar servil umas constituições escritas de outras*".

La división de poderes obedecía formalmente al modelo francés liberal de separación total entre Legislativo, Ejecutivo y Poder Judicial, siendo el poder legislativo delegado privativamente a la Asamblea General, con la sanción del Emperador (art. 13).

Según lo dispuesto en el art. 102, XII, de la Constitución,[651] el Gobierno tenía la competencia normativa para expedir decretos de mera ejecución de las leyes, "*sem se quer levemente alterar as disposições da lei, e menos estabelecer direitos e deveres não expressos n'ella*", como resalta Joaquim Rodrigues de

---

[648] "*Art. 180. Impedir que algum faça o que a lei permitte, ou obrigar a fazer o que ella não manda. Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo de prisão.*"

[649] Para un estudio comparado entre estas Cartas constitucionales, véase PORTELLA, Joaquim Pires Machado. *Constituição politica do imperio do Brazil confrontada com outras constituições e annotada*. Typographia nacional, 1876.

[650] VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro..., cit.*, p. 40.

[651] "*Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.*
São suas principaes atribuições
[...]
XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis."

Sousa,[652] uno de los principales constitucionalistas brasileños de la época. La competencia normativa meramente ejecutoria del gobierno seguía el modelo de las monarquías constitucionales de la restauración que declaraban, sin excepción, que al gobierno le competía solamente la mera ejecución de las leyes, siéndole vetado negar la aplicación, abrogar o, de cualquier manera, obstaculizar la aplicación de las leyes.[653]

El Poder Ejecutivo, decía Pimenta Bueno[654] es el "*instrumento vivo, o agente político da execução da vontade nacional consignada nas leis*", que son "*quem estabelece as normas pelas quaes elle deve dirigir-se, quem crea os direitos e obrigações que elle deve respeitar, quem imprime e regula as condições legitimas dos interesses collectivos, quem estabelece limites á sua acção quem resguarda os direitos individuaes*". Por ello, "*tudo que é crear principios, regras ou disposições geraes, dar, tirar ou modificar direitos ou obrigações, impôr deveres, prohibições, privilégios ou limitações às faculdades do homem ou do cidadão, estabelecer multas ou penas civis ou criminaes, é não só da alçada da lei, mas de seu domínio exclusivo*".[655]

Se planteaba la separación total entre las funciones legislativa y ejecutiva, delegándose privativamente a la Asamblea General la función legislativa, que debería ser libre ante cualquier intervención o presión del Poder

---

[652] DE SOUSA, Joaquim Rodrigues. *Analyse e commentario da Constituição politica do Imperio do Brazil, ou, Theoria e pratica do governo constitucional brazileiro*. Vol. II. São Luís do Maranhão, 1870, p. 193.

[653] Estatuto Albertino:
"*Art. 6. - Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato; e fa i decreti e regolamenti necessarii per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne*."
Carta Constitucional portuguesa de 1826:
"*Art. 75º - O Rei é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principais Atribuições:*
[...]
§ 12.°Expedir os Decretos, Instruções e Regulamentos adequados à boa execução das Leis."
Constitución belga de 1831:
"*Chapitre II*
Du Roi et des ministres
[...]
Section première - Du Roi
Article 67. Il fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution."
Constitución española de 1845:
"Art. 45. Además de las prerrogativas que la Constitución señala al Rey, le corresponde:
Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes."

[654] PIMENTA BUENO; José Antonio. *Direito público brazileiro e analyse da Constituição do Império*. Typ. de J. Villeneuve, 1857, p. 54.

[655] PIMENTA BUENO; José Antonio. *Direito público brasileiro..., cit.*, p. 67.

Ejecutivo, lo que está muy bien ilustrado por la prohibición de los ministros de Estado de estar presentes en las sesiones de votación de las leyes (art. 54 de la Constitución).

En este aspecto, la Constitución y la doctrina constitucional brasileña estaban en absoluta correlación con la tradición constitucional liberal del siglo XVIII, que reconocían solo al Poder Legislativo, representante de la voluntad general de la nación, el poder para imponer derechos y obligaciones a la colectividad. Así pues, se le reconocía a la ley una supremacía según los regímenes liberales del siglo XIX.

La supremacía de la ley en el régimen político instaurado por la Constitución de 1824 era reforzada, además, por la naturaleza flexible de la Constitución, que podía ser alterada por simple ley ordinaria, excepto los preceptos relativos a las atribuciones de los Poderes del Estado y a los derechos individuales, pero cuyo procedimiento especial de reforma requería el mismo quórum de la ley ordinaria junto con algunas solemnidades más (art. 175 y ss.). Entonces, la ley era, en definitiva, la fuente suprema del orden jurídico.

Sin embargo, por detrás de la aparente organización de un Estado "legalitario",[656] donde estaba reconocida la vinculación positiva de la Administración a la ley, estaba encubierto un Estado con algunos trazos eminentemente autoritarios, donde la voluntad del Emperador, más que la ley, era el fundamento último de validez de las acciones del Estado. Al tiempo que decía que los poderes del Estado son delegados por la Nación (art. 12), la Constitución, un poco más adelante, invierte los términos de la soberanía y determina que el Emperador es el jefe supremo de la Nación y su primer representante (art. 98).

A pesar del reconocimiento formal de la división de los poderes, la protección de la independencia de ellos estaba garantizada por un cuarto poder, el Poder Moderador, ejercido privativamente por el Emperador como "jefe Supremo de la Nación" (art. 98)[657] y jefe del Poder Ejecutivo (art. 102).

---

[656] CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche. Volume III*…, cit.

[657] "*Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos*."

El Emperador, situado en la cima del Poder Ejecutivo, no estaba sujeto a responsabilidad alguna (política, civil, administrativa o criminal) (art. 99). Ejercía el poder ejecutivo a través de sus ministros (art. 102), que eran por él libremente nombrados y dimitidos (art. 101, VI).

La Asamblea General, bicameral, ejercía el poder legislativo por consentimiento del Emperador, que tenía el poder de interferir directamente en la composición, funcionamiento y disolución del Poder Legislativo. Además de poder convocar extraordinariamente, prorrogar o emplazar la Asamblea General (art. 101, II e V), el Emperador elegía los senadores de la lista tríplice presentada por cada Provincia (art. 43), y tenía la prerrogativa de, en cualquier momento, disolver la Cámara de los Diputados (art. 101, V). Por último, pese a que el Poder Judicial fuera proclamado independiente, los jueces eran nombrados por el Emperador (art. 102, III), que podría suspenderlos en caso de quejas de irregularidades (art. 154), además de trasladarlos discrecionalmente a cualquier lugar del territorio (art. 153).

Pese a las controversias sobre la naturaleza y extensión del Poder Moderador,[658] los instrumentos de intervención y control de los Poderes Legislativo y Judicial a disposición del Poder Moderador llevaban a la sumisión de todos los poderes del Estado al Emperador, cuya persona, como se dijo anteriormente, era inviolable, no sujeta a ningún tipo de responsabilidad. El Poder Moderador, que en la teoría política de Benjamín Constant se configuraba como un poder neutral con la función de impedir que uno de los poderes se impusiera sobre los demás, en Brasil ha sido desfigurado, convirtiéndose en poder activo, ejercido por el titular del Poder Ejecutivo, llevando, en términos prácticos, a la hegemonía de este poder sobre los demás.[659]

Aunque los ministros fueran responsables por sus actos de desobediencia a la ley, como está expresamente determinado en el art. 133, IV, de la Constitución, el Emperador, instancia máxima del Poder Ejecutivo, al cual estaban directamente vinculados los ministros, no era responsable de sus actos.

---

[658] Cfr. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição do Império***.** Revista de informação legislativa, 1987, p. 9.

[659] Cfr. BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil.* Estudos avançados, 2000, vol. 14, n. 40, p. 167 y ss; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. *Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil***.** *En* Fundamentos do Estado de Direito. (org. Humberto Ávila), São Paulo, Malheiros, p. 54-89, 2005.

Como dijo Joaquim Rodrigues de Sousa,[660] autor contemporáneo de la Constitución de 1824, el Poder Ejecutivo estaba personificado por el Emperador y sus ministros, el primero como voluntad y los demás como acción ejecutora, efectiva impulsión de aquella voluntad.

Asimismo, la concentración en las manos del Emperador del Poder Moderador, que estaba por encima de los demás poderes, y del Poder Ejecutivo, que tendría la función de ejecución de las leyes, llevaba a la imposibilidad de que se afirmara en la *praxis* un verdadero estado de legalidad de la Administración.[661]

Sirviéndose de su influencia y poder sobre la Asamblea General – especialmente sobre el Senado, cuyos Senadores eran nombrados por él – el Emperador se ha servido de delegaciones legislativas para ejercer él mismo el poder legislativo que la Constitución hubiera delegado en el Parlamento.

Han sido innumerables las delegaciones legislativas a lo largo del período del Imperio,[662] respecto a los más diversos asuntos, lo que llevó a que el país tuviera, según la severa crítica de Pimenta Bueno,[663] dos legisladores, uno de derecho y desmoralizado y otro de hecho y omnipotente.

La doctrina de la época, asimismo, estaba por demás influenciada no solo por la doctrina francesa, sino también por la doctrina alemana, por lo que ha sido acogida la idea de que el ámbito interno de la Administración no estaba sometido a una vinculación positiva a la ley, sino que la Administración tenía la autonomía para regular la organización y funcionamiento de sus servicios, independientemente de la existencia de ley.[664]

El Estado de Brasil, por lo tanto, se constituye a partir de la unión precaria entre liberalismo y absolutismo monárquico, lo que resulta en el

---

[660] DE SOUSA, Joaquim Rodrigues. *Analyse e comentário..., cit.*, p. 162-163.

[661] Aunque en su momento se argumentó que los poderes ejecutivo y moderador se delegaban en el Emperador "*mui distinctamente de maneira a não confundirem-se*" (DE SOUSA, Joaquim Rodrigues. *Analyse e comentário..., cit.*, p. 155), lo cierto es que una vez que el Emperador tenía un poder moderador que se imponía por encima de los demás poderes, éste se extendía también al Poder Ejecutivo, que estaba encabezado por él.

[662] Algunos ejemplos son expuestos por DE SOUSA, Joaquim Rodrigues. *Analyse e comentário..., cit.*, p. 194-195; y RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, F. L. PINTO & C, LIVREIROS-EDITORES, 1866, 219 y ss.

[663] PIMENTA BUENO; José Antonio. *Direito público brasileiro..., cit.*, p. 43.

[664] Es lo que afirma Antonio Joaquin Ribas (*Direito administrativo brasileiro..., cit.*, p. 35), quizás el más influyente administrativista de la era imperial de Brasil: "*Fica, porém, entendido que a esphera regulamentar se amplia em relação aos funccionarios e empregados administrativos, no sentido de estatuir o poder executivo, na ausencia ou silencio da lei, mas nunca em manifesta oposição á ella*."

reconocimiento de principios de organización del Estado que serían desde luego, inconciliables. La tentativa de conciliar estos principios llevará inevitablemente al desarrollo de una teoría del Estado repleta de contradicciones, en especial, respecto a los límites de la actuación del Poder Ejecutivo, lo que afectará directamente los planteamientos sobre la sumisión de la Administración a la ley. Desde el origen del Estado brasileño, la teoría del Estado y del Derecho Administrativo intentarán – sin éxito, por supuesto – construir un concepto de legalidad simultáneamente compatible con los postulados de la soberanía nacional del Estado liberal y del principio monárquico de las monarquías de la Restauración.

Aunque las Constituciones posteriores adopten el sistema republicano de gobierno, las construcciones teóricas que se hicieron bajo el principio monárquico permanecerán influenciando la teoría del Derecho Administrativo brasileña, generando contradicciones que hasta el día de hoy no se han resuelto adecuadamente.

Posteriormente, la Constitución republicana de 1891 no abordó el principio de utilidad para dictar una ley, pero mantuvo la misma garantía de reserva de ley para los actos que afectaran al ámbito de la libertad de las personas:

> "*Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*"

La Constitución de 1891 rompe con el modelo francés de organización del Estado, que ha sido la fuente primordial que ha influido en la Constitución de 1824, y adopta una organización política fuertemente inspirada en la Constitución de Estados Unidos de América. Se adopta la forma republicana de

gobierno y la forma federativa de Estado (art. 1º),[665] además del sistema de gobierno presidencialista (art. 41).[666]

Extinto el Poder Moderador, se adopta por primera vez la efectiva separación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, poderes "*armônicos e independentes entre si*" (art. 15).

Igual que la Constitución de 1824, la nueva Constitución republicana determina que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley (art. 72, § 1º).[667] La redacción del dispositivo es (casi) idéntica. La única diferencia es que la Constitución imperial reconocía la protección del principio de legalidad solamente a los ciudadanos ("*nenhum cidadão*"), mientras que la Constitución de 1891 ampliaba la protección a todos en el territorio del país, ciudadanos brasileños o no.[668]

El Poder Legislativo era ejercido exclusivamente por el Congreso Nacional, con la sanción del Presidente de la República (art. 16).[669] El Poder Ejecutivo no tenía ninguna competencia legislativa, solamente la de expedir decretos y reglamentos para la fiel ejecución de la ley (art. 48, 1º).[670]

De la misma manera que la Constitución anterior, no había previsión de delegación de la función legislativa para el Poder Ejecutivo, pero la delegación sigue siendo una práctica recurrente en el período de la "Vieja República". Era común que las leyes de presupuestos previeran diversas delegaciones legislativas, lo que fue prohibido por la reforma constitucional de 1926, que dispuso que las leyes de presupuestos no podrían contener disposiciones extrañas a la previsión de gastos e ingresos.[671]

---

665 "*Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil*."

666 "*Art 41 - Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação.*"

667 "*Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*
§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

668 Cfr. MILTON, Aristides. *A Constituição do Brasil: notícia histórica, texto e comentário.* Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898, p. 369.

669 "*Art 16 - O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.*"

670 "*Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:*
1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução;"

671 "*Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:*

Pero, dejando de lado el texto, la práctica ha sido muy diferente. El texto de la Constitución, de fuertes trazos republicanos y federalistas, no guardaba correspondencia con la realidad, donde el Presidente de la República concentraba las funciones no solo ejecutivas, sino también legislativas, fuera a través de decretos que innovaran en el orden jurídico fuera a través de las numerosas delegaciones legislativas que ha recibido implícita o explícitamente. El jefe del Poder Ejecutivo era, desde luego, "*um monarca sem coroa, um rei sem trono*".[672]

Pese a que el texto de la Constitución fuera claro respecto a que nadie seria obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley, el *Supremo Tribunal Federal* admitía que el Presidente de la República innovara por medio de reglamentos en el orden jurídico vigente, introduciendo reglas no previstas en la ley (Véase *STF, Agravo de Petição* n. 2887, de 1921).

En efecto, pese a la adopción de la forma republicana de gobierno y la proclamación del principio de la separación de los poderes del Estado, aún se reconoce al Poder Ejecutivo poderes que son característicos de las formulaciones que se hicieron en el siglo XIX en los Estados que estaban organizados bajo el principio monárquico. Se escinde la acción del Poder Ejecutivo en dos: una acción gubernamental de control y protección del interés público, que es inherente al Estado y, por ello, se ejecuta con independencia de la ley, y una acción administrativa, que resulta de la ley. Explica Oliveira Santos:[673]

> "*No que diz respeito ao poder executivo, este, por sua vez, se divide em governamental e administrativo, segundo a esphera dentro da qual actúa.*
> *No 1º caso, isto é, tratando-se do poder governamental, o seu codigo é o Direito Publico interno e externo: no segundo, isto é,*

[...]
§ 1º As leis de orçamento não podem conter disposições estranhas á previsão da receita e á despeza fixada para os serviços anteriormente creados. Não se incluem nessa prohibição:
a) a autorização para abertura de creditos supplementares e para operações de credito como antecipação da Receita;
b) a determinação do destino a dar ao saldo do exercicio ou do modo de cobrir o deficit."

[672] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do..., cit.*, p. 249.

[673] SANTOS, Oliveira. *Direito Administrativo e Sciencia da Administração*. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919, p. 142-143.

no ramo administravivo, o seu codigo especial é a legislação administrativa.

Na fórma do nosso direito, ambos esses poderes exercem funcções que lhes são peculiares ou proprias, umas previstas, definidas, taxadas na lei; outras apenas provindas da faculdade, implicita e necessaria, delles agirem, sempre que fôr preciso, a bem e no interesse da colleetividade ou nação."_

En la Constitución de 1934, la redacción del dispositivo respecto del principio de la legalidad permanece intacta.

Competía al Congreso Nacional la función legislativa (art. 39, 1 y 8), mientras al Poder Ejecutivo le quedaba la competencia normativa para dictar decretos y reglamentos para la "fiel ejecución de la ley" (art. 56, 1), principio que era reforzado con la expresa prohibición de delegación de poderes constitucionales previstas en el art. 3º, § 1º.

La importancia práctica de la Constitución de 1934, sin embargo, es diminuta, ya que fue revocada cerca de 3 años después de su promulgación.

En 1937, Getúlio Vargas da un golpe de Estado y otorga una nueva Constitución con la supresión del principio de legalidad. Es la única Constitución del país que no ha repetido la regla de la garantía de que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley. Sin embargo, tras la caída del dictador y el restablecimiento del régimen democrático, la Constitución de 1946 lo reintrodujo en el art. 142, § 2º, manteniendo la misma redacción de la Constitución de 1934. Hace una división rígida de los poderes del Estado, reservando al Congreso Nacional la atribución de legislar sobre todas las materias (art. 65, IX) [674] y al Presidente de la República la mera expedición de decretos y reglamentos para la fiel ejecución de la ley. Además, al igual que la Constitución de 1934, prohíbe la delegación de poderes constitucionales (art. 36, § 2º).

El 2 de abril de 1964, el Congreso Nacional declaró la vacancia del cargo de Presidente de la República, y, algunas semanas después, eligió al Mariscal Castello Branco para el cargo por el período que quedaba del mandato del

[674] "*Art 65 - Compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República:*
[...]
IX - legislar sobre bens do domínio federal e sobre todas as matérias da competência da União, ressalvado o disposto no artigo seguinte."

presidente anterior, João Goulart. El mariscal, sin embargo, rehusó convocar las elecciones para el mandato siguiente y, a través del *Ato Institucional n. 1*, del 9 de abril de 1964, determinó que las elecciones para Presidente de la República serían realizadas por elección indirecta por el Congreso Nacional (art. 2º).

Pero, incluso después del establecimiento de un gobierno militar en el país, en el año 1964, la necesidad de autorización legal expresa para la invasión de la esfera de libertad de las personas permaneció en el texto constitucional (art. 150, § 2º, de la Constitución de Brasil de 1967; y art. 153, § 2º, de la Enmienda Constitucional n. 1, de 17 de octubre de 1969). No solo el texto quedó indemne, sino también el significado que se extraía de él, como se puede deducir a través de las palabras de Geraldo Ataliba:[675]

> "*Resulta claro da leitura do Texto Constitucional - em benefício da segurança do cidadão e terceiros submetidos à ordenação estatal - que só o Legislativo pode emanar normas genéricas e abstratas contendo preceitos vinculantes."*
>
> *[...]*
>
> *"Onde se consagra o princípio da legalidade só o órgão legislativo pode inovar inauguralmente a ordenação jurídica, criando obrigações e deveres, dos cidadãos (e terceiros, nisso a eles equiparados) para com o Estado*."

Sin embargo, no se ha afirmado en el período un verdadero principio de legalidad de la Administración Pública, puesto que el Presidente de la República y los Comandantes en Jefe del Ejército, Armada y Fuerza Aérea tenían la prerrogativa de dictar *Atos Institucionais*, que se sobreponían a todas las normas del orden jurídico, incluso la Constitución y que, según el art. 181 de la Constitución de 1967,[676] no estaban sujetas a control judicial. El Gobierno estaba además autorizado a expedir *Atos Complementares* a los *Atos Institucionais* que tampoco estaban sujetos al control judicial (art. 181 de la Constitución).

---

[675] ATALIBA, Geraldo. *Princípio da legalidade.* Revista do Tribunal Federal de Recursos, n. 145, 1987, p. 71.

[676] "*Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:*
I - os atos do Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional n. 12, de 31 de agôsto de 1969;"

Además, el Presidente de la República tenía la prerrogativa de enviar al Congreso Nacional proyecto de ley sobre cualquier materia, que deberían ser analizados y votados en hasta cuarenta y cinco días, so pena de aprobación tácita (art. 54, § 1º), lo que llevaba a que el Poder Ejecutivo ejerciera enorme presión sobre la pauta de votación del Poder Legislativo.

Por fin, el gobierno militar, al igual que el gobierno imperial, utilizó excesivamente la prerrogativa de legislar a través de delegaciones legislativas, expresas o tácitas, además del instrumento del *Decreto-lei*, que autorizaba el gobierno a legislar sobre materias de seguridad nacional o finanzas públicas, pero que ha sido utilizado para legislar sobre los más diversos asuntos.

El Supremo Tribunal Federal, por un lado, admitía la amplia posibilidad de delegación legislativa, desde que la ley dispusiera sobre los principios básicos (estándares) de la materia (véase *RE n. 72.629/RS* y *RE n. 74.589/SP*). Por otro lado, a pesar de algunas intervenciones del Supremo Tribunal Federal, declarando que la materia reglada no era de interés de la seguridad nacional (véase *RE n. 62.731/RJ* y *RE n. 62.739/SP*), la redacción de la Constitución ha sido extremamente vaga, lo que ha facilitado que el Poder Ejecutivo forzara la ampliación de su contenido, dictando decretos-ley regulando los más diversos temas.

La actual Constitución, por último, promulgada en 1988, tras la redemocratización del país, ha sido fiel a la tradición constitucional brasileña, consagrando el principio de legalidad en los términos en que históricamente había sido consagrada en el país:

> "*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *[…]*
> *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*;"

La maleabilidad necesaria para que la afirmación de que "nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley" quepa en realidades jurídicas tan dispares, a veces hasta antagónicas, acaba por quitarle su identidad. Solo un objeto vacío de identidad cabe en realidades tan diversas.

Al igual que los líquidos, que no tienen una forma definida, sino que adquieren la forma del recipiente donde están contenidos, del enunciado de que "nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley" no se extrae ninguna forma jurídica permanente, sino que se requiere que se la considere siempre junto con todo el régimen político-jurídico en el cual está encerrado, que es lo que, desde luego, le confiere su forma definitiva.

Por ello, aunque no se deba abandonar ni la sintaxis ni la semántica de los enunciados normativos, puesto que son, ante todo, enunciados lingüísticos, solo se puede llegar al verdadero significado del enunciado dispuesto en la norma cuando se lo analiza en conjunto con la totalidad del orden jurídico (interpretación sistemática) y, principalmente, cuando se desvela su función y finalidad en el sistema (interpretación teleológica).

6. LA (IN)DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL

6.1. La (in)definición del principio de legalidad administrativa en la doctrina

Las Constituciones de Brasil, desde su independencia, han proclamado que nadie estará obligado a hacer o a abstenerse de hacer nada sino en virtud de la ley, sirviéndose, de esta forma, de la redacción consagrada en el texto de la Declaración francesa de 1789. El texto es el mismo pese a que se sucedieron los más diversos regímenes y sistemas políticos y de gobierno, lo que ha cambiado ha sido su interpretación, pero, en general, hubo una propensión a adoptar la interpretación más radical consonante con la teoría de la soberanía nacional de Rousseau, no admitiéndose ninguna acción del Estado sino en los exactos términos previstos en la ley.

Ante la obligatoriedad de previsión legal, parte de la doctrina nacional ha considerado que el principio de legalidad lleva a la exigencia de tipicidad de los actos administrativos (*Tatbestandsmässigkeit*, según la doctrina alemana, de donde surgieron las primeras formulaciones del principio), que exige la definición precisa de todos los elementos objetivos de la conducta y de la respectiva

consecuencia jurídica.[677] Ha sido especialmente difundida en Italia esta concepción más restringida de la legalidad, que exige que todos los elementos del acto administrativo estén previstos en ley. Según Sabino Cassese,[678] la Administración Pública solo puede dictar "*gli atti espressamente previsti dalla legge e solo in presenza dei presupposti e per i motivi da questa indicati, per cui non sono ammessi atti misti o innominati*".

Entre los autores brasileños que defienden la existencia de un principio de tipicidad de los actos administrativos se puede citar a Maria Sylvia Zanella Di Pietro,[679] que afirma que el acto administrativo "*deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei*."

La doctrina administrativa italiana de inicios del siglo pasado tuvo una gran influencia en la doctrina brasileña, que adoptó la distinción hecha por Guido Zanobini entre los significados de la legalidad para los particulares y para la Administración Pública. Destaca Zanobini[680] que, "*mentre l'individuo può fare tutto ciò che non gli è espressamente vietato, l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare*".

La distinción hecha por Zanobini ha sido adoptada *ipsis literis* por Hely Lopes Meirelles,[681] cuya afirmación se ha hecho clásica en la doctrina brasileña:

> "*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim*"."

---

[677] Según el Tribunal Supremo español, en la STS de 20 de diciembre de 1989: "Los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considere constitutiva de infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva un medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de hacer realidad junto a la exigencia de una "lex previa", la de una "lex certa"."

[678] CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 11.

[679] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*…, *cit.*, p. 208.

[680] ZANOBINI, Guido. *L'attivitá administrativa…, cit.*, p. 206.

[681] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro... cit.*, p. 93.

La distinción hecha por Guido Zanobini y Hely Lopes Meirelles ha sido repetida hasta la extenuación. Marçal Justen Filho[682] afirma que: "*No relacionamento entre os particulares, prevalece a regra de que tudo aquilo que não for obrigatório nem proibido por lei é juridicamente autorizado. No tocante à atividade administrativa, reconhece-se que tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido*." En las palabras de Celso Antônio Bandeira de Mello:[683] "*Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize.*" Muchos otros han sido los autores que han adoptado la definición de Hely Lopes Meirelles,[684] que se ha convertido en verdadero *slogan* del tema.

La actuación de la Administración Pública se traduciría, de esta forma, en una mera aplicación de la ley, no estándole permitido actuar siquiera *praeter legem*, sino únicamente *secundum legem*,[685] lo que, según Nelson Nery Júnior,[686] le impediría practicar cualquier acto o celebrar cualquier negocio jurídico *atípico*, es decir, que no se encuadre en las figuras previamente definidas en la ley como capaces de producir determinados resultados jurídicamente válidos. Administrar sería, con Seabra Fagundes,[687] aplicar la ley de oficio. Para cada finalidad que la Administración intenta alcanzar, dice Di Pietro,[688] hay un acto administrativo definido en la ley.

Sin embargo, la idea de una Administración completamente reglada, que solo haría aquello que estuviera expresamente previsto en la ley, más que equivocada, es inaplicable. Como hemos dicho anteriormente, entre las formulaciones generales y abstractas de las normas y el acto administrativo concreto hay un margen – a veces más amplio, a veces más limitado – de posibles acciones admitidas, por lo que la acción de la Administración no se

---

[682] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito..., cit.*, p. 233.
[683] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.,* p. 108.
[684] Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*..., *cit.,* p. 65; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Lumens Juris, 2004, p. 14; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo.* Salvador, Jus Podium, 2008, p. 48.
[685] Cfr. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo***.** São Paulo, Saraiva, 2007, p. 50; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito..., cit.*, p. 47.
[686] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.
[687] FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo, Editora Forense, 1979, p. 4.
[688] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*…, *cit.,* p. 208.

reduce únicamente a los preceptos de la ley, sino que concede a los administradores la capacidad para elegir entre diversas acciones posibles. En caso de que se exigiera la completa identidad entre la ley y el acto administrativo no quedaría ningún margen de discrecionalidad para la Administración. La idea de discrecionalidad, por lo tanto, es incompatible con un principio absoluto de vinculación positiva de la Administración Pública a la ley. Es lo que implícitamente reconoce Gabino Fraga,[689] que defiende la existencia de una vinculación positiva de la Administración a la ley, pero admite que este principio es excepcionado por la facultad discrecional de la Administración:

> "El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto; pues salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental."

En efecto, o bien se reconoce que hay un principio que exige que todos los elementos de la acción administrativa estén determinados por la ley, o bien se reconoce que hay un margen de libertad para que la Administración actúe más allá de la ley (*praeter legem*). Al reconocerse que la Administración puede actuar en espacios libres, no previstos en la ley, se reconoce, por ende, que el principio de legalidad no exige una perfecta identidad entre la acción administrativa y los términos de la ley.

Como muy bien resalta Odete Medauar,[690] si el principio de legalidad significa que el administrador público solo puede realizar los actos que la ley ordena, la actividad de la Administración quedaría irremediablemente paralizada, puesto que sería necesario un comando legal específico para cada medida de la Administración.

Odete Medauar ha sido una de las pocas estudiosas del derecho administrativo brasileño que ha intentado hacer una distinción más precisa del principio de legalidad administrativa. Sirviéndose de la distinción elaborada por Charles Eisenmann, la profesora de la Universidad de *São Paulo* observa que la legalidad administrativa representa más que la simple no-contradicción entre el

[689] FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo..., cit.*, p. 99.
[690] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 131.

acto administrativo y la ley, pero no exige la exacta identidad. La formulación que sería más adecuada a la realidad del sistema jurídico brasileño sería la exigencia de una habilitación legal para que la Administración pueda actuar, pero la amplitud de esta habilitación sufriría variaciones según el grado exigido en la norma de habilitación.[691]

Pese a que la autora da un importante paso adelante en la definición del principio de la legalidad, su definición aún adolece del grave equívoco de no determinar un grado mínimo de determinación que debe contener la ley y que no puede ser dejado al acto administrativo, so pena de choque con el principio de legalidad.

Es el mismo error cometido por Carlos Ari Sundfeld,[692] según el cual la profundidad de la vinculación de la Administración a la ley resultante del principio general de legalidad dependerá de los términos de la propia ley, si es más o menos restrictiva de la acción administrativa.

En los sistemas jurídicos de Constitución rígida no es aceptable que la naturaleza y extensión de un principio constitucional dependa de la decisión casuística del legislador ordinario. Habría, en este caso, una inversión en la cadena de legitimación del orden jurídico. Aunque se pueda reconocer estatus constitucional para las normas ordinarias que interactúan con las normas constitucionales y que, por ello, forman el bloque de constitucionalidad, el contenido de una norma superior no puede quedarse a merced de una norma inferior superveniente, sino todo lo contrario, es la norma superior que es el fundamento de validez de la norma inferior.

Tampoco puede la ley definir por sí misma su fuerza y vinculación. Desde el momento en el que se reconoce fuerza normativa directa a la Constitución, las demás normas jurídicas del sistema tendrán la fuerza y los efectos que les dé la Constitución. El legislador ordinario, mero poder constituido, ya no tiene disponibilidad sobre la fuerza de sus actos, sino que son determinados por el poder constituyente.

También se ha hecho común decir que el principio de legalidad significa que solo el Poder Legislativo puede crear reglas que innoven en el orden jurídico.

---

[691] Cfr. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno..., cit.*, p. 132.
[692] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 156.

Es lo que afirma, por ejemplo, José Afonso da Silva.[693] El equívoco de esta afirmación, sin embargo, es autoevidente. Para que los actos administrativos y demás actos jurídicos (concretos o abstractos) no innovaran los preceptos de la ley deberían coincidir en todos sus términos con lo dispuesto en la ley, es decir, deberían tener exactamente el mismo contenido.

Cualquier despliegue de los términos de la ley, sea para llenar sus lagunas, sea para explicitar sus términos, importa en la innovación de su contenido. Así pues, en el proceso de concretización de las normas siempre habrá algún grado de innovación.

El haz de la cuestión, por ello, no se sitúa en la posibilidad o no del acto administrativo de innovar en el orden jurídico, sino en cuál es el grado de innovación permitido.

La determinación del sentido preciso del principio de legalidad administrativa, que siempre ha sido un difícil reto, se ha vuelto aún más dificultosa cuando, en la tentativa de superar el positivismo legalista del siglo XIX, algunos autores pasaron a desarrollar un principio material de legalidad, y no solamente formal, que incluiría en su contenido, el principio de justicia social. Así que José Afonso da Silva[694] afirma que el principio de legalidad impone a la Administración la sujeción al imperio de la ley, pero de la ley que realice el principio de igualdad y de justicia no por su generalidad, sino por la búsqueda de la igualdad de condiciones de los socialmente desiguales.

También se habla de que el principio de legalidad administrativa impone no solo la legalidad del acto administrativo sino, además, su legitimidad. Se exige que la acción de la Administración Pública esté no solo de acuerdo con la letra de la ley sino, también, con los principios de moralidad y de finalidad.[695]

La finalidad, desde luego, es un aspecto de la legalidad, que no se satisface tan solo con el cumplimiento de la letra de la ley, sino con su "espíritu", es decir, con la finalidad, con el resultado jurídico al que se destina.

La moralidad de la Administración, con todo, es una exigencia diversa, que no se confunde con la legalidad, aunque tengan algunos puntos en común.

---

[693] AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito…, cit.*, p. 423.
[694] AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito…, cit.*, p. 423.
[695] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito..., cit.*, p. 49.

Dado el carácter sistemático del orden jurídico, el régimen jurídico administrativo es el resultado de la interacción entre los diversos principios y normas del sistema que, por ello, no deben ser analizados aisladamente, sino en conjunto con las demás normas y principios del sistema. Sin embargo, aunque en permanente interacción unos con otros, cada instituto desarrolla un rol específico en el sistema, lo que le garantiza su identidad propia y autonomía funcional ante las demás normas. Por ello, es inapropiado desde el punto de vista dogmático-científico reducir la moralidad a un simple aspecto del principio de legalidad, puesto que se trata de atributo diverso, con fundamento, finalidad y exigencias propios.

La moralidad es una exigencia adicional a la legalidad. Es la exigencia de que el administrador se comporte de forma compatible con la ética propia de una organización administrativa y que su conducta se guíe por los principios de lealtad y buena fe. Así, un acto puede atender al principio de legalidad, pero incumplir este deber ético de lealtad y buena fe. En este caso, no hay ningún vicio de legalidad en el acto. Por otro lado, el acto administrativo puede fundamentarse en estos deberes de lealtad y buena fe, pero no estar previsto en ninguna ley. Ya en este caso, la acción de la Administración será ética, pero, sin embargo, ilícita, puesto que incumple el deber de legalidad. Reducir estas dos realidades (legalidad y moralidad) a un único instituto solo lleva a confusiones e indefinición de las exigencias que son propias de cada una.

Tampoco es adecuada la tentativa de ampliar el principio de legalidad para la exigencia de observancia no solo de la ley sino de todo el orden jurídico, como hace Alexandre Santos de Aragão,[696] según el cual el principio de la legalidad debe ser entendido como la sumisión a los "valores sustanciales del orden jurídico". En estos términos, el principio de legalidad pierde su autonomía, puesto que pasa a depender de otros "valores" del orden jurídico. Deja, por lo tanto, de ser un principio autónomo para convertirse en una consecuencia resultante de otros principios o valores del sistema.

Como ya hemos dicho anteriormente, el control jurídico del poder político es lo que caracteriza en esencia a la organización jurídico-política del Estado de Derecho contemporáneo, donde no hay persona ni espacio exento de obediencia

[696] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 61.

al orden jurídico. Así pues, en este aspecto el principio de legalidad no añadiría ninguna exigencia específica para la actuación de la Administración, que actuaría lícitamente desde que está fundamentada en una norma cualquiera.

La legalidad, sin embargo, impone una condición adicional a la acción de la Administración. No basta con estar legitimada por una norma, es necesario que la acción de la Administración esté legitimada por una norma específica: la ley.

6.2. La (in)definición del principio de legalidad administrativa en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal

La jurisprudencia de la corte constitucional no ha sido menos cambiante y sujeta a contradicciones que la doctrina especializada. En general, a lo largo del tiempo, el Supremo Tribunal Federal ha interpretado el principio de la legalidad administrativa como la prohibición general de, por acto administrativo, imponerse, modificar o extinguir cualquier obligación o derecho. Por la fuerza del principio, la ley sería la única fuente posible de obligaciones y derechos de la Administración.

Al contrario de los particulares, que pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por ley, la Administración solo estaría autorizada a hacer lo que esté previsto en la ley. En la actual composición de la corte suprema, esta *summa divisio* entre la legalidad privada y la legalidad administrativa ha sido declarada muchas veces, a ejemplo del *ARE n. 900481/PR, AI n. 856997/PR, RMS n. 27998/DF* y *MS n. 28935/DF*.

Según ha decidido el Supremo Tribunal Federal en el *RE n. 85.907/SP*, del 24 de noviembre de 1977, el principio de legalidad prohíbe no solo la acción de la Administración *contra legem*, sino también la acción *praeter legem*, es decir, la Administración, en su actuación, no puede innovar en los términos de la ley.

Sin embargo, en diversas decisiones, la suprema corte ha admitido que el Poder Ejecutivo innovara en las disposiciones de la ley. Ya en los primeros momentos de la República, el Supremo Tribunal Federal admitía que el poder reglamentario del Presidente de la República le concedía la potestad para innovar en la legislación, introduciendo reglas no previstas en la ley. En el *Agravo*

de Petição n. 2887, del 15 de enero de 1921, el órgano plenario del tribunal manifestó que:

> "*Segundo a doutrina modernamente ensinada por publicistas de incontestado valor, o poder de regulamentar do Presidente da República é amplo, pode inovar na matéria legislada, sanando qualquer lacuna do ato legislativo*".

La decisión del plenario del tribunal provocó una fuerte crítica del ministro Pedro Lessa, que, en su voto, registró su divergencia:

> "*A minha divergência com os votos vencedores reside unicamente em que eu não admito que o Poder Executivo, ao regulamentar uma lei altere as regras de direito, contidas de modo formal em outras leis. A CF é muito clara em seu art. 48, n. 1 – 'Compete privativamente ao Presidente da República: 1) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução'.*
>
> *Certo que alterar as normas de direito, encerradas em lei expressas, como é o preceito legal que estatui como regra o foro do domicílio, não é concorrer para a fiel execução das leis, mas para a subversão do regime legal, com sacrifício de direitos garantidos por lei incontestável. Não há doutrina que prevaleça contra uma expressa disposição constitucional*."

Efectivamente, siempre han convivido en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal decisiones contradictorias, que ora niegan perentoriamente cualquier innovación en el orden jurídico por medio de acto o normas administrativas, pero en algunas oportunidades las admiten, no solo *praeter legem,* sino incluso *contra legem*.

Contrariamente a las decisiones en las que el tribunal impuso una interpretación restrictiva del principio de legalidad, hay diversos fallos en que esbozó una interpretación más flexible, admitiendo que el acto administrativo complementara algunos de los preceptos de la regla de derecho prescrita en la ley. Es el caso de la decisión de la *ADI n. 3.378/DF*, en que la corte suprema consideró constitucional la Ley n. 9.985, de 2000, que determinaba que los responsables por los emprendimientos de significativo impacto ambiental deberían, a título de compensación por los daños ambientales, pagar una

cuantía que sería arbitrada por el órgano ambiental a partir de un estudio previo de impacto ambiental.

La constitucionalidad de la ley fue cuestionada por la *Confederação Nacional da Indústria*, bajo el argumento de que la ley habría dejado inválidamente al órgano ambiental la competencia para determinar la restricción del patrimonio privado. El Supremo Tribunal Federal, no obstante, decidió que no habría vulneración del principio de legalidad puesto que la obligación del pago de la compensación ambiental estaría prevista en la propia ley, lo que ya cumpliría la exigencia de legalidad, aunque la determinación del *quantum* de la obligación fuera determinada por un acto administrativo.

En esa oportunidad, hubo un feroz debate entre los ministros de la corte que votaron favorablemente a la constitucionalidad de la ley y el ministro Marco Aurelio de Mello, que planteó la objeción de que la fijación del valor de la indemnización por acto administrativo del ´órgano ambiental equivaldría a la intervención en el patrimonio privado por acto administrativo, lo que estaría prohibido por el principio de legalidad, que determina que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en las situaciones previstas en la ley.

El tribunal acató las consideraciones del ministro Joaquim Barbosa, según el cual no habría innovación en la ley si el órgano ambiental determina, por medio de un estudio de impacto ambiental, el valor de la compensación ambiental. La determinación del valor no constituiría una innovación en el orden jurídico puesto que los criterios utilizados ya estarían previstos en la ley.[697]

De la misma manera no habría enfrentamiento con el principio de legalidad administrativa cuando la Administración determinara el significado concreto de términos abstractamente dispuestos en la ley. En el proceso de concretización de las normas, que son generales y abstractas, sería posible que hubiera contribución de la Administración, que podría interpretar el sentido de

[697] Llama la atención, sin embargo, que el tribunal ha considerado que el art. 36 de la Ley n. 9.985, de 2000, fija de forma suficiente los criterios de la compensación ambiental, pese a que el dispositivo no aporta ningún criterio específico para la determinación de las medidas de compensación, sino solo la forma de determinación del daño (por medio de un estudio de impacto ambiental):
"*Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei*."

conceptos jurídicos vagos o indeterminados y hasta expedir actos imponiendo el significado concreto de conceptos dejados en abierto por la ley, como decidió el *Supremo Tribunal Federal* en el *RE n. 343.446/SC*. En el caso sometido a examen, se cuestionaba la legalidad del Decreto n. 612, de 1992, que definía los conceptos de "actividad preponderante" y "grado de riesgo", que componían la hipótesis de incidencia de las contribuciones para el "*Seguro de Acidente do Trabalho – SAT*", seguro obligatorio de naturaleza tributaria.

Según expuso el ministro Carlos Velloso en la decisión, la aplicación de la ley puede exigir la evaluación de datos y elementos concretos a cargo de la Administración, lo que no implica el incumplimiento del principio de la legalidad desde que esta evaluación sea hecha en base a los supuestos determinados por la ley. Dado que la ley ha definido satisfactoriamente todos los elementos susceptibles de dar lugar a una obligación tributaria válida, el hecho de que esta misma ley haya dejado al reglamento la complementación de los conceptos de "actividad preponderante" y "nivel de riesgo leve, medio y grave", no implicaría la violación del principio de legalidad genérica previsto en el art. 5º, II, y de la reserva de ley prevista en el art. 150, I, de la Constitución.

En otros fallos, el tribunal ha ido más adelante, y ha admitido expresamente que la Administración Pública innove, por medio de acto administrativo, en el orden jurídico vigente.

En el *RE n. 140.669-1/PE*, de 2001, el tribunal destacó que, en los asuntos no reservados expresamente a la ley, el principio de legalidad no impide que la ley atribuya a actos infralegales la regulación de la materia. La legalidad sería atendida siempre que se observara los límites previstos en la ley o, en otras palabras, habría una vinculación negativa de la Administración Pública a la ley.

Sin embargo, a veces, se ha admitido que la Administración innove en el orden jurídico mismo en actos protegidos por alguna reserva de ley específica. Recientemente, el *Supremo Tribunal Federal*, en el *MS n. 30.177/DF*, ha dado una interpretación más flexible a los art. 37, I y II, de la Constitución,[698] que

[698] "*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo

determinan que los requisitos exigidos en las pruebas de las convocatorias para acceso a los empleos públicos deben ser determinados por ley.[699] El tribunal ha decidido, sin más, que no se exige que todas las etapas de la convocatoria estén previstas en la ley. Aunque la sentencia carezca de una fundamentación que permita comprender los supuestos a partir de los cuales el tribunal decidió, abre un importante precedente al admitir que incluso en los asuntos sujetos a reserva legal no sería necesario que la ley agotara la regulación de la materia.

En el *HC n. 91.509/RN*, el Supremo Tribunal Federal hizo la distinción entre las reservas de ley, previstas en los diversos artículos de la Constitución que exigen una ley para la regulación de una determinada materia, y lo que ha llamado de "reserva de norma", prevista en el art. 5º, II, de la Constitución, y que admite que la materia esté regulada en norma secundaria (reglamento), desde que explícita o implícitamente esté prevista en una norma primaria. Según el tribunal, el principio de legalidad en la modalidad "reserva de norma" no impide la atribución de una función normativa para que el Poder Ejecutivo pueda determinar obligaciones a los particulares.

El principio de legalidad, por lo tanto, no garantizaría un espacio reservado a la ley, ni tampoco la imposibilidad de intromisión de la Administración en el patrimonio jurídico de los particulares, si esta intromisión estuviera implícitamente admitida en la ley. En esta decisión, el tribunal establece la distinción hecha por la doctrina italiana entre la exigencia de regulación "por ley" o en "virtud de una ley". Según se ha decidido, el art. 5º, II, de la Constitución no exige que la regulación esté directamente hecha por la ley, sino que puede ser realizada por otras especies normativas, en cuanto fundamentadas en los preceptos de una ley.

En otras decisiones, el Supremo Tribunal Federal ha abandonado la defensa de una cláusula general de legalidad siguiendo los modelos del derecho francés y ha reconocido que el principio de legalidad es importante en una reserva general de ley para las intervenciones en la libertad y propiedad privada, en términos similares a aquellos reconocidos en los órdenes jurídicos de los

---

ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

[699] El fallo no ha sido una decisión aislada. Ha sido, posteriormente, reiterado en el *MS n. 30.398/DF*.

Estados alemanes del siglo XIX. En una reciente manifestación en la *ADI n. 2.998/DF*, el tribunal declaró inconstitucional el art. 161 del Código de tráfico brasileño, Ley n. 9.503, de 1997, que consideraba infracción de tráfico la inobservancia de las *resoluções* del *Conselho Nacional de Trânsito*, órgano administrativo responsable de establecer las directrices de la política nacional de tráfico. En esta oportunidad, el ministro Ricardo Lewandowski declaró la existencia de una reserva legal para actos de intervención en la propiedad privada.[700]

Por si no fuera suficiente, en los últimos años, el Supremo Tribunal Federal ha dado un importante vuelco, cambiando por completo el sentido del principio de legalidad, admitiendo que no se debe extraer una interpretación limitada siquiera de las reservas de ley previstas en la Constitución, puesto que lo que se exige siempre es una "legalidad suficiente",[701] que dependerá de la naturaleza específica de cada obligación:

> "*Na jurisprudência atual da Corte, o princípio da reserva de lei não é absoluto. Caminha-se para uma legalidade suficiente, sendo que sua maior ou menor abertura depende da natureza e da estrutura do tributo a que se aplica. No tocante às taxas cobradas em razão do exercício do poder de polícia, por força da ausência de exauriente e minuciosa definição legal dos serviços compreendidos, admite-se o especial diálogo da lei com os regulamentos na fixação do aspecto quantitativo da regra matriz de incidência. A lei autorizadora, em todo caso, deve ser legitimamente justificada e o diálogo com o regulamento deve-se dar em termos de subordinação, desenvolvimento e complementariedade.*"[702]

El argumento, sin embargo, es claramente tautológico, puesto que declara que la intervención del reglamento administrativo debe estar subordinada a la ley, limitándose a complementar la ley, desarrollando sus

---

[700] "*Eu apenas queria agregar um argumento - que eu tinha em mente, mas eu me esqueci, ou, enfim, não tive oportunidade de veicular -, é o seguinte: o art. 161, na medida em que permite que o CONTRAN estabeleça as penalidades, está-se permitindo a esse órgão administrativo que invada a esfera patrimonial do cidadão, que é algo exclusivo da lei, é reserva de lei, ou, eventualmente, até reserva de jurisdição.*"

[701] La expresión "legalidad suficiente" sería de Marco Aurélio Greco (*Planejamento Tributário.* São Paulo, Dialética, 2011, p. 147).

[702] *Supremo Tribunal Federal*, *RE n. 704.292/PR*.

preceptos (o, en palabras del STF, el diálogo con el reglamento debe darse en términos de "subordinación, desarrollo y complementariedad"). Pero ¿Qué es la exigencia de subordinación del reglamento a la ley, que impone que el reglamento debe limitarse a complementar la ley desarrollando sus preceptos, sino también el propio concepto del principio de legalidad administrativa?

En la decisión, no se plantean los criterios de lo que se debe considerar un "diálogo" válido entre la ley y el reglamento. Así pues, se transfiere a la Administración Pública el análisis respecto a los límites de la subordinación de sus actos a la ley, vulnerándose, de esta manera, uno de los preceptos básicos de la legalidad que es la heteronomía, que resulta del principio de la separación de los poderes.

El único criterio realmente concreto que se ha fijado ha sido la exigencia de que la ley fije el valor máximo del tributo. En el *RE n. 704.292/PR*, cuyos fundamentos han sido adoptados también en el *RE n. 838.284/SC*, el tribunal reafirma la exigencia de un grado inferior de legalidad, la mera legalidad "suficiente", pero declara inconstitucional la ley cuestionada porque no existió la fijación del límite máximo de la tasación. Bastaría, por lo tanto, la fijación del valor máximo del tributo para que quedara satisfecha la exigencia de legalidad.

Hay que señalar que, en los fundamentos de la decisión, el ministro relator, Dias Toffoli, presentó argumentos que justificarían que no bastaría con fijar el límite de la exacción, sino que sería necesaria la determinación en la ley del valor del tributo o, como mínimo, que la ley previera criterios suficientes para la determinación:

> "*Para o contribuinte, surge uma situação de intranquilidade e incerteza, pois não se sabe o quanto lhe poderá ser cobrado; para o fisco, significa uma atuação ilimitada e carente de controle. Tudo retrata que a remissão ao regulamento se deu de maneira insubordinada, inexistindo a delimitação do grau de concreção com que o elemento do tributo (seu valor) pode ser disciplinado pelo ato autorizado. Nesse sentido, o regulamento autorizado não complementa o aspecto quantitativo da regra matriz de incidência tributária (elemento essencial na definição do tributo), mas sim o cria, inovando, assim, a ordem jurídica.*"

Sin embargo, al final concluye que para "*o respeito do princípio da legalidade, seria essencial que a lei (em sentido estrito) prescrevesse o limite máximo do valor da exação, ou os critérios para encontrá-lo, o que não ocorreu*."

Estas decisiones chocan directamente con la jurisprudencia firmada en los *Recursos Extraordinários n. 721.194, 596.440* y *748.445*, en los que el tribunal decidió que la ley no podría delegar para el *Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia*, organismo autónomo ("*autarquia*", según la denominación que recibe en Brasil) responsable para la fiscalización de las actividades de ingeniería y arquitectura, la potestad para fijar los criterios y valores de la tasa cobrada en virtud del ejercicio del poder de policía ejercido por el órgano.

En el *RE n. 556.854/AM*, la corte suprema se basa en la doctrina de Roque Antonio Carrazza,[703] que no admite que cualquier aspecto de la hipótesis de incidencia del tributo sean definidos por la Administración, sino que el principio de legalidad exige que todos los elementos del tributo estén minuciosamente definidos en la ley.

Desde luego, tratándose de una obligación de naturaleza pecuniaria, el valor del tributo debido, al lado de la definición del deudor, es el propio núcleo fundamental de la norma jurídica, lo que desde hace mucho tiempo ya había sido reconocido por el Supremo Tribunal Federal, en el *RE n. 77457/PR*, de 1977.

Como hemos dicho anteriormente, el principio general de legalidad exige que el sujeto y el objeto de la obligación estén determinados o sean determinables según los parámetros de la ley, por lo que no existiría la posibilidad de la Administración de definir por acto propio el valor de la tasa. No basta con determinar el límite, sino que el principio de legalidad exige que el valor esté determinado en la ley o pueda ser determinado según los criterios previstos en la propia ley.

La ausencia de la determinación del objeto de la obligación choca directamente con la exigencia de que haya un grado adecuado de certeza respecto a las obligaciones vigentes, que es, en definitiva, la idea básica que fundamenta el principio de legalidad.

---

[703] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 244.

La decisión, además, hace una distinción no prevista en la ley, al afirmar que el grado de la legalidad dependerá de la especie tributaria, siendo que, para las tasas, cobradas por el ejercicio del poder de la policía administrativa, sería necesario un margen de indeterminación en la ley para que la Administración pueda determinar los supuestos del tributo en virtud de aspectos técnicos y económicos de la actividad fiscalizada.

Como muy bien resalta Helenilson Cunha Pontes,[704] la escisión de la legalidad tributaria según la modalidad del tributo no está prevista en la Constitución. Una cosa es lo que la ley debe ser (*lex ferenda*) y otra, completamente diferente, es lo que la ley es (*lex lata*). Y la decisión sobre lo que las cosas deben ser compete al poder constituyente o a los poderes constituidos que han recibido de la Constitución la potestad para imponer obligaciones primarias (poder legislativo).

Según el ministro Dias Toffoli, relator del *RE n. 704.292/PR*, en la actualidad, la doctrina, ante el agotamiento del modelo tradicional de legalidad tributaria, estaría buscando alternativas teóricas a la tipicidad cerrada. La opinión de la doctrina (*communis opinio doctorum*), sin embargo, no es fuente legítima de imposición de obligaciones y concesión de derechos. No tiene autoridad para fundamentar *per se* una regla jurídica. Es una fuente material que colabora en la construcción del sentido del enunciado de la norma, es decir, es un intérprete legítimo de la norma, lo que en definitiva no se confunde con la función de dictar el precepto de la norma.

Por supuesto que, como advierte Vezio Crisafulli,[705] la norma no se confunde con los enunciados lingüísticos que la expresan. Las reglas son el resultado del proceso de determinación del sentido específico de los caracteres lingüísticos expresos en la norma. En este proceso hermenéutico, además de las variaciones semánticas y sintácticas que son propias de los actos lingüísticos, la definición del significado de la prescripción expresado en un precepto normativo depende de la armonización e interacción con las demás normas del orden jurídico. La doctrina tiene una capital importancia en este proceso de desvelar el significado específico de la norma ante los demás

[704] PONTES, Helenilson Cunha. *A destruição da legalidade tributária pelo STF*. Revista Consultor Jurídico. 16 de diciembre de 2020.
[705] CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Cedam, 1993, p. 44 y ss.

elementos del sistema, pero, en definitiva, no le cabe crear ni siquiera "perfeccionar" las normas vigentes.

La Constitución brasileña es categórica al determinar que está vedado el cobro de cualquier tributo sin ley que lo establezca (art. 150, I), prohibición que solo ha tenido la excepción para la modificación de la alícuota de los impuestos previstos en el art. 153, § 1º.[706]

Como hemos dicho anteriormente, ante la gravedad de las medidas de confiscación de bienes y privación de libertad, estos actos siempre han estado reservados a la actuación exclusiva de la ley, no admitiéndose que actos infralegales crearan cualquier innovación en los preceptos de las leyes tributarias y penales. Al admitirse el raciocinio de que las legalidades tributarias y penales, que deberían ser las más rígidas, no son absolutas, se abre un espacio para la intervención de la Administración Pública en cualquier materia administrativa, vulnerándose, de esta forma, la garantía del principio de legalidad.

Pero, además de hacer la crítica a las decisiones del Supremo Tribunal Federal, lo más importante es denunciar la falta de uniformidad y coherencia en la jurisprudencia de la corte suprema respecto a los parámetros del principio de legalidad administrativa. Las decisiones oscilan dentro de un espectro que va desde la vinculación positiva a la ley, exigiéndose que todos los elementos del acto estén previstos en la ley, hasta la aceptación de que la Administración innove en el orden jurídico, imponiendo obligaciones no previstas en la ley.

La variación casuística de la jurisprudencia de la corte constitucional conlleva una total imprevisibilidad respecto al sentido del principio de legalidad, lo que lleva a su propia negación, puesto que el principio se impone, ante todo, como una garantía de previsibilidad de las condiciones y límites del ejercicio de la potestad de imperio del Estado.

---

[706] "*Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:*
I - importação de produtos estrangeiros;
II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
[…]
IV - produtos industrializados;
V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
[…]
§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V."

7. LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

7.1. Los límites insuperables a la acción de la Administración

La libertad individual e igual dignidad de todos son los valores fundamentales bajo los cuales se funda la organización política brasileña. La Asamblea Nacional Constituyente instaurada en 1985 se reunió para instituir un Estado democrático destinado a asegurar la libertad, como dispone el preámbulo de la Constitución de 1988, y que tiene como uno de sus fundamentos básicos la dignidad de la persona (art. 1º, III).[710]

La proclamación de la libertad y de la igual dignidad como principios fundamentales del orden jurídico lleva, ante todo, al reconocimiento de una esfera de atributos propios del individuo, necesarios para el desarrollo de su personalidad, no restringibles por ninguna decisión de la colectividad. Hay aspectos de la personalidad que son inviolables.

Los franceses han sido los primeros en reconocer un ámbito de protección jurídica de la libertad y propiedad individual como "derechos naturales e imprescriptibles del Hombre". Sin embargo, han delegado a la ley la tarea de determinar los límites de estos derechos (art. 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

Ha sido la Constitución de los Estados Unidos, o más bien la primera enmienda, adoptada el 15 de diciembre de 1791, la que ha delimitado espacios de la vida privada protegidos contra cualquier intervención del Estado: "El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma, ni limitando la libertad de

---

710 "*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*.
(...)
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;"

expresión, ni de prensa, ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios."[711]

La Constitución de Brasil no posee ninguna disposición con semejante redacción, pero el reconocimiento de una esfera propia de cada persona, inviolable por las demás y por el Estado, es una consecuencia inexorable de la propia dignidad humana, lo que ha sido admitido por el Supremo Tribunal Federal en la *ADPF n. 695 – MC/DF*. El ministro Gilmar Mendes, relator de la decisión, basándose en la decisión *BVerfGE 65, 1*, de 1983, del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ha manifestado que la dignidad humana atribuye a los ciudadanos una esfera inviolable de la vida privada, que no puede ser alterada por el Estado en ninguna circunstancia. En las palabras del ministro Gilmar Mendes:

> "*Uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância: passa a ser um pressuposto para que ela não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento da sua personalidade*."

A veces, se han traspasado estos límites bajo la justificación de que no hay derechos absolutos. Esta interpretación se ha expandido con más fuerza tras la *ADPF n. 130/DF*, en que el *Supremo Tribunal Federal* ha decidido que ni siquiera la libertad de prensa es absoluta, pese a la redacción del art. 220 de la Constitución, que ha reconocido estos derechos como libertades no restringibles por el Estado:

> "*Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*."

[711] A pesar de la claridad del texto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha oscilado entre dos interpretaciones: una, que rechazaba cualquier intento de limitar los derechos garantizados por la Primera Enmienda, manifestada en el *case Abrams v. United States*, de 1919; pero, en otras decisiones, a ejemplo del *case Schenck v. United States*, también de 1919, el Tribunal ha admitido que en casos de "peligro claro e inminente" para la sociedad la ley podría limitar los derechos previstos en la Primera Enmienda.

El *Supremo Tribunal Federal*, sin embargo, en la *ADPF n. 130/DF*, ha decidido que, a pesar de la redacción del artículo 220, no hay una prohibición absoluta de limitación ni siquiera de los derechos de manifestación del pensamiento y de divulgación de opiniones e informaciones.

Ciertamente, las libertades no son absolutas, por una razón sencilla: la Constitución protege valores y principios diversos que pueden, eventualmente, entrar en conflicto unos con otros y, por ello, declarar un principio absoluto sería negar eficacia a todos los demás principios que chocaran con él. El reconocimiento jurídico del pluralismo social exige que la Constitución proteja una pluralidad de intereses, que a veces son contradictorios, por lo que no se puede conceder valor absoluto a ninguno de ellos, so pena de anularse el pluralismo social que es, además, uno de los fundamentos del Estado brasileño, según lo dispuesto en el art. 1º, V, de la Constitución.[712]

La libertad y dignidad como valores, por ello, no conlleva la prohibición de la limitación de alguna de las esferas de manifestación de la personalidad humana (religión, culto, manifestación, opinión, creencia, locomoción, etc.). Sin embargo, la limitación de estas libertades tiene un límite, explícito o implícito, que no puede ser traspasado. Se trata, desde luego, de reconocer que hay un mínimo de libertad y de dignidad que se debe garantizar al individuo, so pena de quitarle la propia condición humana. Este mínimo debe ser garantizado en cada una de las expresiones de la libertad (religiosa, de manifestación, opinión, creencia, de locomoción, etc.) de los seres humanos. En los Estados en los que se reconoce este principio ético de dignidad humana, hay implícitamente una prohibición general de intervención en el "núcleo esencial" de la libertad humana, sin el cual el ser humano se ve limitado en la posibilidad de realizarse completamente en su condición humana. Es la proscripción de cualquier tentativa de adoptar un sistema político totalitario que reduzca la persona a la figura del ciudadano.

Los regímenes totalitarios del siglo XX, en especial el régimen nazi de Alemania, han mostrado, de la forma más trágica, que hay un espacio de la

---

[712] "*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
(…)
V - o pluralismo político."

existencia humana que debe ser inviolable por el Estado. Este límite es implícito a la dignidad que tiene la *persona* y, por ello, es un límite absoluto, que no se somete a ningún juicio de ponderación frente a otros principios.[713] Ninguna necesidad, objetivo o valor social autorizan a la destrucción de esta barrera, independientemente de las consecuencias para la sociedad. *Pereat mundus, fiat justitia.*

No por casualidad, han sido los alemanes quienes han desarrollado la idea de un "contenido esencial" de los derechos fundamentales, no restringible por el Estado. Según el art. 19 de la Constitución de 1949, los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por la ley, que "deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual" y no podrá afectar al contenido esencial del derecho.[714]

Es aceptado en la jurisprudencia de la corte constitucional de Brasil que la ponderación de intereses en caso de colisión entre dos o más derechos fundamentales no puede llevar a la anulación de ninguno, siendo siempre necesario preservar el contenido esencial de cada principio o valor fundamental en conflicto. En este sentido, véase la *ADI n. 3540 – MC/DF*.

La Constitución brasileña impone una protección especial a los derechos fundamentales, prohibiendo siquiera la deliberación sobre cualquier propuesta de enmienda a la Constitución que tenga como finalidad abolir los "*direitos e garantías individuais*" (art. 60, § 4º, IV). Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal ya ha manifestado de que la Constitución no prohíbe la "*intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção*

---

[713] Respecto a la idea de un núcleo esencial de los derechos fundamentales, Canotilho (*Direito constitucional…, cit.*, p. 459) observa que se han formado dos corrientes: la teoría relativa, que defiende que el núcleo esencial extraíble de los derechos fundamentales es el resultado del proceso de ponderación realizado en cada situación concreta de colisión de principios; y la teoría absoluta, que considera que el núcleo esencial es un atributo del sujeto y que, por ello, no depende de las circunstancias.
La idea de un núcleo "esencial" dependiente de las circunstancias, sin embargo, es un oxímoron, una contradicción en términos, puesto que esencial es lo que resulta de la esencia de algo, y la esencia, según la Real Academia Española, es exactamente "aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas". De ahí que lo que es esencial no pueda, por definición, depender de las circunstancias.

[714] "Artículo 19
[Restricción de los derechos fundamentales]
(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.
(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial."

do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege." (*ADI n. 2024 - MC*). Así que, al tiempo que admite la intervención del legislador en los derechos fundamentales, entre ellos los derechos que resultan de los principios de libertad y dignidad, la Constitución prohíbe que una eventual regulación limite el "contenido esencial" o "núcleo esencial" de estos derechos. De la misma manera, impide que la acción de la Administración afecte a este núcleo esencial, independientemente de su desarrollo legal.

La Constitución no impone expresamente un núcleo intangible de los derechos fundamentales, no restringible por la ley, por lo que algunos defienden que no habría esta restricción en el orden jurídico brasileño.[715] Sin embargo, independientemente de su naturaleza, cuando el ordenamiento jurídico establece un derecho, su regulación sobrevenida no puede negarlo en su totalidad, so pena de constituir ya no una regulación, sino su revocación, lo que, en efecto, nunca puede hacer la norma reguladora.

7.2. El fundamento de validez de la acción de la Administración: el sistema de fuentes normativas

Ante la libertad natural de todos, proclamada en el art. 5º de la Constitución, las decisiones de la colectividad, tomadas por sus representantes electos, no son límites, sino el propio fundamento de validez de toda y cualquier acción estatal. Al Estado solo le es lícito hacer aquello que le autoriza el pueblo, sea directamente en la Constitución, sea por medio de los instrumentos de participación popular, o a través de sus representantes electos (el Parlamento).[727]

El poder legislativo pertenece típicamente al Parlamento:

> "*O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal."*

[715] Cfr. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos..., cit.*, p. 168.

[727] La centralidad del Poder Legislativo en la organización política brasileña no ha escapado siquiera al arquitecto Oscar Niemayer, que proyectó la capital federal, Brasília. Los órganos máximos de cada uno de los Poderes del Estado están ubicados en la llamada *Praça dos Três Poderes*. El Congreso Nacional, está ubicado en el centro de la plaza, ladeado a la derecha por la sede del Supremo Tribunal Federal, órgano máximo del Poder Judicial, y a la izquierda, por *el Palácio do Planalto*, sede administrativa de la Presidencia de la República, órgano máximo del Poder Ejecutivo.

Es lo que está dispuesto en el art. 44 de la Constitución que se extiende, por simetría, también a los parlamentos estaduales y municipales, que deben reproducir los modelos establecidos en la Constitución para la Unión Federal,[729] según la jurisprudencia del *Supremo Tribunal Federal* (Véase *ADI n. 2.113-3/MG; ADI n. 564/PR* y *ADI n. 4827/AL*).

La Constitución brasileña reconoce también al jefe del Poder Ejecutivo dos competencias legislativas. El Presidente de la República – y, por simetría, los *Governadores* de los Estados y los *Prefeitos* de los Municipios –, además de participar del proceso legislativo parlamentario, a través de la sanción (o veto) de los proyectos de ley (arts. 48 y 65 de la Constitución), también ejerce poder legislativo, sea por delegación del Parlamento (art. 68 de la Constitución), sea en situaciones extraordinarias en las que haya relevancia y urgencia en la regulación de una determinada materia, hipótesis en que se le autoriza al Presidente de la República a dictar *Medidas Provisórias* con fuerza de ley (art. 61 de la Constitución). Estas competencias legislativas extraordinarias del jefe del Poder Ejecutivo pueden ser extendida a los *Governadores* de los Estados y los *Prefeitos* de los Municipios, después de que esté expresamente previsto en la Constitución del Estado o en la Ley Orgánica del Municipio y se respeten, por simetría, los principios y limitaciones que impone el modelo adoptado por la Constitución Federal, según ha decidido el Supremo Tribunal Federal en la *ADI n. 425-5/TO*.

Los jefes de Poder Ejecutivo son elegidos por el voto directo de los ciudadanos (art. 77 de la Constitución),[730] por lo que también tienen legitimación democrática. La diferencia es que el jefe del Poder Ejecutivo representa

---

[729] Los parlamentos estaduales y municipales, sin embargo, son unicamerales, al contrario del Congreso Nacional, que es bicameral, compuesto por la *Câmara dos Deputados* y por el *Senado.*

[730] "*Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.*
§ 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.
§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.
§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.
§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.
§ 5º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso."

solamente a la mayoría política – la mayoría de los votos válidos, según exige el art. 77, § 2º de la Constitución –, mientras que en el Parlamento están representadas todas las corrientes políticas, en especial, la minoría política que hace oposición al gobierno electo. Por esta razón, se le reconoce al jefe del Poder Ejecutivo competencia legislativa, pero siempre dependiente de una autorización previa o posterior del Parlamento, lo que garantiza a la minoría política la posibilidad de controlar, directa o indirectamente, los actos legislativos del Estado. En este sentido, la Constitución brasileña ha seguido las precauciones adoptadas por las demás Constituciones en general en defensa de las minorías políticas: cuando se adjudica una competencia legislativa al jefe del Poder Ejecutivo, se impone la aprobación previa o posterior del Parlamento.

La posibilidad del Poder Legislativo de delegar al jefe del Poder Ejecutivo la competencia para legislar provisionalmente sobre alguna materia ya se admitía implícitamente desde la Constitución de 1891, siendo introducida por primera vez en el texto de la Constitución de 1946 a través de la *Emenda Constitucional n. 4, de 1961*.[731]

Las *Medidas Provisorias* o, más bien, la capacidad del Presidente de la República para legislar en situaciones de relevancia y urgencia fue prevista por primera vez en la Constitución de 1967. Es una medida que ha sido admitida en varios países desde la segunda mitad del siglo pasado como forma de dotar al Poder Ejecutivo de la potestad legislativa necesaria para enfrentarse a situaciones extraordinarias sin tener que servirse de medidas de excepción.[732]

Las situaciones en que la Constitución autoriza el Presidente de la República a legislar requieren, sin embargo, la participación del Parlamento. En la hipótesis de las *Leis Delegadas* el Parlamento autoriza previamente (art. 68, § 2º de la Constitución) al *Presidente* a legislar sobre una materia específica, definiendo previamente el contenido de la norma y los términos del ejercicio del poder legislativo. El Congreso Nacional ejerce, además, el control posterior de

[731] BULOS, Uadi Lâmego. *Direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 1204.

[732] La Constitución italiana de 1947, en su art. 77, prevé la posibilidad del Gobierno de dictar "*provvedimenti provvisori con forza di legge*" en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia. En España, la Constitución de 1978 autoriza al Gobierno, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, a "dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes" (art. 86). En Argentina, el Presidente está autorizado a dictar "decretos por razones de necesidad y urgencia", cuando "circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios" del proceso legislativo (art. 99.3).

la *Lei Delegada*, pudiendo en cualquier momento *anular* la ley que exceda los límites de la delegación (art. 49, V, de la Constitución).[733]

Las *Medidas Provisórias*, a su vez, son normas que, dada la urgencia, pueden ser dictadas provisionalmente por el Presidente, pero deben ser sometidas a la aprobación del Parlamento en el plazo de 60 días, so pena de pérdida de su validez (art. 62, § 3º de la Constitución).

Este es el cuadro trazado por la Constitución en su redacción originaria, que preveía, según el art. 59, las siguientes normas con fuerza de ley: *leis complementares*; *leis ordinárias*; *leis delegadas*; *medidas provisórias*; *decretos legislativos* y *resoluções*, además de las enmiendas a la propia Constitución.

Los *decretos legislativos* y las *resoluções* son normas dictadas por el Congreso Nacional, o por cada una de sus casas – *Senado* y *Câmara dos Deputados* – para regular materias de interés y competencia exclusiva del Parlamento, que debe decidir aisladamente, no siendo adecuada la intromisión del Presidente. [734] Como ejemplos, la autorización para enjuiciar al propio Presidente y a sus ministros (art. 51, I), o la aprobación del nombre indicado por el Presidente para el cargo de *Procurador-Geral da República* (art. 52, III, e). Para que se garantice la independencia de la decisión del Parlamento, estos actos son promulgados por *resoluções* o *decretos legislativos*, que son especies normativas en las que no hay una sanción (o veto) presidencial (art. 48).

De esta manera, las normas con fuerza de ley que se destinan a la regulación de las relaciones sociales en el orden jurídico brasileño se dividen en *leis complementares* y *leis ordinárias,* de competencia del Parlamento, y las *medidas provisórias*, de competencia del jefe del Poder Ejecutivo. El Congreso Nacional, además, puede, eventualmente, delegar al Presidente de la República la competencia para legislar, a través de una *lei delegada*, materia de *lei ordinária* de competencia del Congreso Nacional.

Todos estos actos tienen en común el hecho de que son las formas normativas con fuerza directa e inmediata sobre las relaciones jurídicas, capaces

---

[733] "*Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
[...]
V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;"

[734] Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional***.** São Paulo, Saraiva, 2009, p. 915.

de innovar primariamente en el orden jurídico, los llamados actos normativos primarios.[735] Asimismo, son los actos normativos que la Constitución caracteriza como leyes, según la subsección en la que están ubicados (subsección III de la sección "Del Proceso Legislativo"), cuyo título es "Las leyes". Así, las hipótesis en que la Constitución dispone genéricamente sobre "ley", se refieren a estos cuatro tipos de normas, indistintamente. Así que, cuando la Constitución dice que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de "ley" significa que la obligación deberá estar prevista en una *lei ordinaria, lei complementaria, medida provisória* o *ley delegada.* No siempre será admisible la adopción indistinta de todas estas categorías normativas. La *medida provisória*, por ejemplo, por fuerza de la prohibición prevista en el art. 62, § 1º, I, b, no puede disponer sobre derecho penal, por ello la reserva de ley para la definición de los crímenes y las respectivas penas prevista en el art. 5º, XXXV, de la Constitución no podrá ser satisfecha con la promulgación de una *medida provisória.* La prohibición, sin embargo, no tiene nada que ver con la reserva de "ley", que admite cualquiera de las normas recogidas en los arts. 61 a 69 de la Constitución. Tiene que ver con el campo de incidencia propio de cada una de estas normas, según la reglamentación propia de cada especie normativa.

Todas estas normas tienen, además, "fuerza de ley", incluso las *medidas provisorias*, como está dispuesto en el art. 62, lo que les garantiza que se sobrepongan sobre todas las demás normas infraconstitucionales. Por eso, no pueden ser modificadas por las demás normas (fuerza de ley pasiva) pero, por el contrario, tienen la capacidad de modificar o derogar cualquier norma inferior (fuerza de ley activa),[736] lo que, en el caso de Brasil, está expresamente previsto en el *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942,[737] norma infraconstitucional pero que actúa como norma constitucional interpuesta, puesto que dispone sobre las reglas de producción de las leyes y, por ello, el contenido de las normas de competencia dispuestas en la Constitución debe ser extraído teniéndose en consideración los preceptos del *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942.[738]

---

[735] Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 2002.

[736] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho... Volumen I, cit.*, p. 103

[737] "*Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*."

[738] En la doctrina española, a menudo se considera que las normas interpuestas integran el llamado "bloque de constitucionalidad", constituyéndose en parámetro para el control de la

Aunque no explícitamente, la Constitución reconocía a las leyes y actos con fuerza de ley el mismo rango jerárquico, directamente inferior a la Constitución y por encima de las demás especies normativas, lo que ha sido reconocido por el *Supremo Tribunal Federal* (véase el *RE n. 172.058-1/SC*).

Por lo tanto, en resumen, el poder legislativo pertenece al Parlamento, que lo ejerce ordinariamente a través de *Leis Ordinarias*. En los asuntos de mayor importancia, en los que se requiere la aprobación por una mayoría cualificada, el poder legislativo del Parlamento se ejerce a través de *Leis Complementares*.[739] Excepcionalmente, el Presidente de la República ejercerá el poder legislativo mediante la aprobación previa (*Leis Delegadas*) o *a posteriori* (*Medidas Provisórias*) del Parlamento.

7.3. Los poderes legislativos extraordinarios

Además de las competencias legislativas previstas en el art. 59, la Constitución prevé cuatro competencias legislativas *extraordinarias*: a) los Decretos presidenciales que promulgan los tratados internacionales celebrados por el país y aprobados por el Congreso Nacional*;* b) los regimientos internos de la *Câmara dos Deputados*, del *Senado* y de los tribunales; c) los decretos autónomos del Presidente de la República; y, d) las normas de organización de los servicios educativos de las Universidades, resultante de la autonomía didáctico-científica que les es reconocida por la Constitución.

Hay tres situaciones donde se plantea un gran debate sobre la naturaleza de las normas, pero que no se las puede considerar como normas

---

constitucionalidad. Cfr. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema…, cit.*, p. 94; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la Constitución…, cit.*, p. 99.
En Brasil, todavía no se ha profundizado un debate más amplio sobre la naturaleza de las normas interpuestas, sin embargo, el Supremo Tribunal Federal ya ha manifestado que las normas interpuestas no sirven de parámetro para el control de la constitucionalidad, que solo puede ser realizado cuando haya una ofensa directa a una norma del texto constitucional. Cfr. *STF, ADI n. 310/AM; ADI n. 4254/SP*. Sin embargo, independientemente de integrar el bloque de constitucionalidad, las normas interpuestas son, desde luego, parámetro para la interpretación de las normas constitucionales.

[739] Las *leis ordinárias* son aprobadas por mayoría simples, que se erige por el voto de la mayoría de los miembros presentes en la sesión de votación, exigiéndose la presencia de la mayoría absoluta de los miembros de cada casa del Congreso Nacional para apertura de la sesión de votación (art. 47 de la Constitución). Las *Leis Complementares*, a su vez, necesitan del voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada casa del Congreso Nacional (art. 69 de la Constitución).

primarias, capaces de innovar primariamente en el patrimonio jurídico de los individuos: las *resoluções* del *Conselho Nacional de Justiça* y del *Conselho Nacional do Ministério Público*; las sentencias normativas de la Justicia del Trabajo; y los reglamentos de las *Agências Reguladoras.*

7.3.1. Decretos presidenciales que promulgan los tratados internacionales celebrados por el país y aprobados por el Congreso Nacional

Los tratados son los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, cualquiera que sea su denominación específica. Los tratados obligan a los Estados signatarios en el plano internacional, independientemente de las disposiciones del Derecho interno de los países signatarios, según lo dispuesto en el art. 27 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sin embargo, los tratados que impliquen compromisos onerosos para el patrimonio nacional dependen de la previa aprobación del Congreso Nacional, según prescribe el artículo 84, VIII, de la Constitución. Además, se exige su promulgación, como condición de eficacia en el orden jurídico interno, lo que se hace por medio de un Decreto del Presidente de la República.

Desde la decisión del *RE n. 80.004-SE*, del 1º de junio de 1977, el Supremo Tribunal Federal tiene reconocido a los tratados celebrados por el Estado brasileño la misma fuerza de las *leis ordinárias.* Posteriormente, ya en la vigencia de la actual Constitución, la corte suprema mantuvo su posición en diversos pronunciamientos, a ejemplo de la *ADI n. 1.347-DF* y *ADI n. 1.480-3/DF.*

No hay en la Constitución una definición precisa del rango normativo de los tratados internacionales. Sin embargo, el art. 102, inciso III, inciso “b”, establece que corresponde al *Supremo Tribunal Federal* juzgar, mediante recurso extraordinario, los casos decididos en única o última instancia, cuando la decisión impugnada declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal. De esta manera, la Constitución da a los tratados internacionales el mismo valor de las leyes, al remitir su control jurisdiccional al tribunal constitucional.[740] De la

[740] Sobre el “valor de ley”, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho… Volumen I, cit.*, p. 154.

identidad de valor (régimen jurídico), resultaría que los tratados internacionales tendrían también la misma fuerza y rango de las leyes.[741]

A partir de la Enmienda a la Constitución n. 45, de 2004, los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el quórum de 3/5 de los miembros de la *Câmara dos Deputados* y del *Senado* pasaron a integrar el texto constitucional con fuerza de enmienda constitucional (art. 5º, § 3º, de la Constitución).[742]

Por lo tanto, desde el momento en el que es publicado el decreto de promulgación del tratado, la Administración está sometida a sus determinaciones, que tienen fuerza de ley, o, en la hipótesis de los tratados sobre derechos humanos, fuerza de norma constitucional.

7.3.2. Normas de organización interna de los poderes

Con el objetivo de garantizar la independencia entre los poderes, la Constitución atribuyó a los Poderes Legislativo y Judicial la competencia para disponer, por medio de regimiento interno, con fuerza de ley,[743] sobre las normas de su organización interna.[744]

---

[741] No hay, sin embargo, consenso respecto del rango de los tratados, habiendo aquellos que defienden que los tratados están en un plano intermedio entre la Constitución y las leyes. En este sentido, cfr. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. Revista CEJ, Brasília-DF, n. 14, mai./ago, 2001, p. 118.

[742] "*§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*"

[743] Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, p. 2212.

[744] "*Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:*
[...]
III - elaborar seu regimento interno;"
"*Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*
[...]
XII - elaborar seu regimento interno;"
"Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro
[...]
§ 3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:
[...]
II - elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;"

Al regimiento interno de la *Câmara dos Deputados*, *Senado* y del Congreso Nacional compete la definición de la organización y distribución de la competencia interna y, especialmente, la regulación del proceso legislativo, definiendo las fases, plazos, atribuciones de las comisiones y reglas de los debates y votación en el plenario. La propia Constitución define algunas materias que deberán ser tratadas en los regimientos internos: las propuestas de enmienda a la Constitución (art. 202); los proyectos de Códigos (art. 205); la prestación de cuentas del Presidente de la República (art. 215); la instauración de un proceso criminal (art. 217) y de crimen de responsabilidad (art. 218) contra el Presidente de la República*,* vice-Presidente de la República *y los* Ministros de Estado. [745] A los sumo, es en el regimiento interno donde se reglamentan las competencias que son propias del Poder Legislativo, lo que debe hacerse sin la intervención de los demás poderes de manera que permita que estas competencias sean ejecutadas con la debida autonomía que requiere la independencia entre los poderes del Estado proclamada en el art. 2º de la Constitución.[746]

A los tribunales judiciales también les ha sido asegurada la autonomía para regular, a través de regimiento interno propio (art. 96, I, a, de la Constitución),[747] la estructura y el funcionamiento de sus órganos.[748]

Pese a que no están enumerados en el art. 59 de la Constitución, el Supremo Tribunal Federal reconoció que los regimientos internos de los tribunales tienen fuerza de ley (*ADI n. 1.105-7/DF*) o, según la terminología utilizada por el *Supremo Tribunal Federal* en el pedido de Extradición n. 1.234, los regimientos internos son leyes en sentido material, prevaleciendo sobre las leyes procesuales en lo que atañe al funcionamiento interno de los órganos judiciales. En esta petición de extradición, hecho por la República de Italia, el *Supremo Tribunal Federal* decidió que el regimiento interno de la corte, que

---

[745] AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli. *Comentário ao artigo 51, III*. *En* CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. *Comentários à Constituição..., cit.*

[746] "*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*."

[747] "*Art. 96. Compete privativamente:*
I - aos tribunais:
a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;"

[748] AFONSO DA SILVA, José. *Comentário contextual à Constituição***.** São Paulo, Malheiros, 2012, p. 524.

había transferido para las Salas (*turmas)*[749] del tribunal la competencia para juzgar las peticiones de extradición de extranjeros prevalecería sobre el art. 83 de la Ley n. 6.815, de 1980, que atribuía la competencia al Plenario del tribunal.

Según ha decidido el Supremo Tribunal Federal en la *ADI n. 2.970-3/DF*, están en el ámbito de la reserva de ley las normas procesales (art. 22, I, de la Constitución) y las garantías procesales de las partes previstas en el art. 5º de la Constitución (principios del contradictorio, debito proceso legal, publicidad de los actos procesales, presunción de inocencia, etc.). Las demás materias respecto a la organización del Tribunal pueden ser reguladas integralmente por el regimiento interno.

Inicialmente, la Constitución no había reconocido al Poder Ejecutivo la misma prerrogativa normativa de auto-organización de sus órganos, lo que representaba una clara distorsión del sistema de división de poderes, en perjuicio de este poder, que dependía de la colaboración del Poder Legislativo, para organizar sus servicios.

La Enmienda a la Constitución n. 32, de 2001, corrigió esta distorsión, alterando la redacción del art. 84, VI,[750] para conferir al Presidente de la República la potestad para disponer, mediante decreto, sobre la extinción de funciones y cargos públicos vacantes y sobre la organización y el funcionamiento de la Administración Pública Federal, para que no haya aumento de gastos ni creación o extinción de órganos públicos.

Puesto que se trata de una norma de garantía de la auto-organización del Poder Ejecutivo, la competencia prevista en el art. 84, VI, se caracteriza por ser verdadera reserva de reglamento, materia cuya regulación está reservada al jefe del Poder Ejecutivo por medio de Decreto.

En el año 2003, el Supremo Tribunal Federal declaró inconstitucional una ley estadual que había intervenido en la organización de la Administración, bajo la alegación de que, por mandato del art. 84, VI, de la Constitución, la

---

[749] El Supremo Tribunal Federal está dividido em dos Salas (*Turmas*), compuestas por cinco Ministros cada una, que tienen la competencia para juzgar los casos previstos en los artículos 8º y 9º del Regimiento Interno del supremo Tribunal Federal.

[750] "*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
[…]
VI - dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;"

materia estaba reservada al Decreto del jefe del Poder Ejecutivo (*ADI n. 2.806-5/RS*). Sin embargo, dos años después, la corte suprema, en la *ADI n. 3254/ES*, decidió que no le está vedado al Poder Legislativo regular la materia prevista en el art. 84, VI, en tanto que respetaba la iniciativa de ley del Presidente de la República (art. 61 de la Constitución).[751]

La decisión de la *ADI n. 3254/ES*, sin embargo, es errónea, puesto que no observa la finalidad de la competencia prevista en el art. 84, VI, de la Constitución, que es garantizar la no-intervención de los demás poderes en la elaboración de las normas de organización del Poder Ejecutivo, lo que solo se obtiene en caso de que sea vedada cualquier intromisión de los demás poderes en la regulación de la materia. Ni siquiera es admitida la intervención del Poder Legislativo en el supuesto de que la iniciativa de ley sea del jefe del Poder Ejecutivo, puesto que la competencia no es concedida en favor de su titular, sino en favor de la autonomía de los poderes y, por ello, es indisponible. Los reglamentos dictados con fundamento en el art. 84, VI, por lo tanto, son reglamentos autónomos, dictados con base a una competencia extraíble directamente de la Constitución, que excluye la intervención de la ley. Se trata de un campo reservado al reglamento, al que se denomina, según la doctrina francesa, dominio del reglamento.[752]

Lo que se pretendió, desde luego, era garantizar la capacidad de auto-organización del Poder Ejecutivo, evitándose la intromisión de los otros poderes, en especial del Poder Legislativo, en la organización interna del Poder Ejecutivo. Con la excepción de la fijación de la remuneración de sus funcionarios, que debe ser definida por ley (art. 37, X), el Poder Legislativo y el Poder Judicial gozaban

---

751 "*Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*
§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
II - disponham sobre:
a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
[...]
e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;"

752 Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958***.** RDA, n. 84, p. 35.

de autonomía para la organización de sus propios servicios.[753] Por ello, a través de la Enmienda Constitucional n. 32, de 2001, se extendió esta prerrogativa también al Poder Ejecutivo.

Según el Supremo Tribunal Federal (*ADC-MC n. 12-6/DF*), los reglamentos previstos en el art. 84, VI, al igual que los regimientos internos de los Poderes Legislativo y Judicial son normas primarias, es decir, normas que pueden innovar primariamente en el orden jurídico.

Sin embargo, la fuerza innovadora de los regimientos internos y de los decretos de organización del Poder Ejecutivo está restringida a la organización de las competencias de los Poderes. Una vez que la atribución de poderes políticos es privativa de la soberanía, que pertenece al pueblo, cualquier entidad, órgano, cargo o función pública que no haya sido creado por la Constitución solo puede ser creado por ley. Es lo que está dispuesto en el art. 37, XIX; art. 48, IX, XI; art. 61, § 1º, II; art. 88; art. 96, II; respecto a la creación de órganos y entidades públicos; y en el art. 48, X; respecto a la creación de cargos y funciones públicas.

Por lo tanto, la nueva redacción del art. 84, VI, de la Constitución no ha cambiado en nada la división de poderes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Es, en realidad, un mecanismo más de perfeccionamiento de la separación entre los poderes, que garantiza al Poder Ejecutivo la prerrogativa ya anteriormente garantizada a los demás poderes para organizar internamente sus servicios sin la indebida intromisión de los demás poderes.

Estas normas que determinan las reglas básicas de organización interna de los Poderes del Estado forman el Derecho Estatutario, según Balaguer Callejón,[754] un Derecho autónomo que tiene un régimen jurídico especial en todos los órdenes jurídicos, con independencia de su valor jurídico. Este Derecho estatutario es, ya según Porras Ramirez,[755] la "manifestación normativa de la potestad de autodisposición, de regulación de su organización y funcionamiento interno, que asiste a los órganos constitucionales del Estado".

---

[753] Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*..., *cit.,* p. 93.
[754] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del Derecho. II…, cit.*, p. 99 y sigs.
[755] RAMÍREZ, José María Porras. *Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial*. Revista de estudios políticos, 1995, n. 87, p. 240.

7.3.3. El poder normativo de las Universidades

La actividad de enseñanza e investigación presupone la libertad del maestro, del investigador y de los alumnos, para no estar comprometidos y subordinados nada más que a la búsqueda de la verdad. Por ello, para evitar que los intereses políticos interfirieran en el debate científico, especialmente respecto a aquellas verdades "inconvenientes" para los intereses de los grupos políticos, desde su origen en la Edad Media las Universidades ya gozaban de una gran autonomía frente a los poderes constituidos.

Actualmente, se les reconoce a las Universidades la autonomía didáctico-científica, además de la autonomía administrativa para la organización de sus servicios. La autonomía de las Universidades está garantizada en varias Constituciones, como la Constitución española (art. 27.10), la Constitución portuguesa (art. 76.2.), la Constitución italiana (art. 33), la Constitución de Perú (art. 18), la Constitución de Argentina (art. 75.19) y la Constitución de Colombia (art. 69).

Según el art. 207 de la Constitución de Brasil,[756] las Universidades gozan de autonomía didáctico-científica, administrativa y de gestión financiera y patrimonial.

En la decisión de la *ADI n. 51*, el ministro del *Supremo Tribunal Federal,* Celso de Melo, ha definido la autonomía universitaria como la capacidad decisional para administrar sus servicios y organizar las relaciones entre los cuerpos docente, discente y administrativo que la integran. La disciplina de estas relaciones compete, por lo tanto, a la propia Universidad, sin la intervención de ningún otro órgano.

La autonomía, sin embargo, no es absoluta, puesto que las Universidades están sometidas a la ley federal que fija las directrices y bases de la educación (art. 22, XXIV, de la Constitución),[757] además de la competencia de

---

[756] "*Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão*."

[757] "*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
[..]
XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;"

los Estados y Municipios para regular las especificidades de la educación en el ámbito de estos entes federativos (art. 24, IX, de la Constitución).[758]

En general, la doctrina especializada considera que las normas dictadas por las Universidades en el ámbito de su autonomía son normas con fuerza de ley. Así lo considera, por ejemplo, Nina Ranieri:[759]

> "[…] *as normas universitárias integram a ordem jurídica como preceitos de valor idêntico ao da lei formal na escala de suas fontes formais, e de idêntica hierarquia em relação às demais normas, gerais e especiais, que promulgadas com base no art. 24, IX da Constituição Federal, disponham sobre matéria de cunho didático-científico, administrativo e de gestão financeira patrimonial, e cujo sujeito passivo sejam as universidades*."

Sin embargo, el conflicto entre las normas dictadas por las Universidades en su ámbito de autonomía y las demás normas infraconstitucionales del orden jurídico no se resuelve por el principio jerárquico, puesto que estas normas no tienen fuerza de ley y, por ello, no tienen la aptitud para abrogar ninguna norma infraconstitucional ni fuerza para resistir al efecto abrogatorio de las normas supervenientes que dispongan sobre la misma materia.

Lo que garantiza la prevalencia (y no vigencia) de las normas dictadas por la Universidad es el ámbito de competencia que le asegura la Constitución: todo lo que diga respecto a su autonomía didáctico-científica es de regulación privativa de la propia Universidad. Cualquier eventual norma que regule este espacio de autonomía que está asegurado a las Universidades sufrirá de inconstitucionalidad (y no de ilegalidad). La competencia de las Universidades se asegura no por la jerarquía de sus normas, sino por la competencia (principio de competencia)[760] que les fue asignada por el art. 207 de la Constitución, que actúa como verdadera norma sobre la producción jurídica (NSP), al reservar un

---

[758] "*Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]*
IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;"

[759] RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. Edusp, 1994, p. 124.

[760] Sobre el principio de competencia, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la…, cit.,* p. 81 y ss.

ordenamiento propio para las Universidades, es decir, un espacio propio de regulación, libre de la intervención de otros poderes normativos.

7.3.4. *Resoluções* del *Conselho Nacional de Justiça* y del *Conselho Nacional do Ministério Público*

En el año de 2004, la Enmienda Constitucional n. 45 dispuso sobre una amplia reforma de la estructura del Poder Judicial, destacándose la creación del *Conselho Nacional de Justiça - CNJ* (art. 103-B, de la Constitución) y del *Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP* (art. 130-A), responsables, respectivamente, del control de la legalidad de los actos administrativos y financieros llevados a cabo por los miembros y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal (*Ministério Público*).

Son órganos de naturaleza meramente administrativas que no tienen ninguna potestad jurisdiccional, no estándoles permitido "*fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e Tribunais em geral*", según decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal en el *MS n. 33570 MC-AgR*.

En el ejercicio de sus competencias, pueden emitir actos regulatorios, que fueron considerados por el Supremo Tribunal Federal como actos normativos primarios (*ADC-MC n. 12-6/DF*) y que, por ende, podrían interferir en la esfera jurídica de los miembros y funcionarios del Poder Judicial y del *Ministério Público*, creando derechos y obligaciones.

Partiendo de las conclusiones de *ADC-MC n. 12-6/DF*, el *CNJ* decidió que sus *resoluções* prevalecen sobre una eventual legislación estatal que las contradiga (CNJ, PCA 0005809-78.2012.2.00.0000). De esta manera, las *resoluções* del órgano tendrían un rango jerárquico superior a las leyes.

Las conclusiones del Supremo Tribunal Federal y, principalmente, del *CNJ*, con todo, son erróneas, en tanto que no son admisibles por el régimen jurídico-político de la Constitución de 1988.

Sobre todo, porque la Constitución les garantiza al CNJ y CNMP la competencia para expedir "*atos regulamentares*", es decir, la propia Constitución ya delimita la naturaleza de estos actos *reglamentarios*.

Aunque la Constitución no se manifestara sobre la naturaleza de los actos normativos del CNJ y del CNMP, la conclusión no sería diferente, una vez que estos órganos ejercen solamente actividades de naturaleza administrativa, por lo que su poder normativo es accesorio de esta actividad administrativa. En otras palabras, sus poderes normativos son poderes reglamentarios, adjudicados al órgano con la finalidad de producir las disposiciones operacionales de uniformización necesarias para la ejecución de las competencias administrativas determinadas en la Constitución.

La finalidad de los actos reglamentares del CNJ y del CNMP está, asimismo, definida en la propia Constitución, que dispone que estos actos podrán ser expedidos en el ámbito de sus competencias, es decir, para el "*controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*" (art. 103-B, § 4º, de la Constitución).

Por otro lado, comparando con los consejos superiores de la magistratura previstos en los Estados europeos y que, desde luego, han sido la inspiración para la creación del CNJ, se observa que ninguno de sus semejantes europeos tiene capacidad legislativa, sino una mera potestad normativa secundaria, a ejemplo del Consejo General del poder judicial, en España (art. 122.2, de la Constitución de España);[761] el *Consiglio superiore della magistratura*, en Italia (art. 105, de la Constitución de Italia); y el *Conselho Superior da Magistratura*, de Portugal (art. 217.1, de la Constitución de Portugal). Por supuesto que el órgano brasileño no está vinculado a las disposiciones de los órganos extranjeros que le son análogos, pero, sin embargo, la similitud de competencias y de organización es un importante instrumento para extraer la naturaleza y límites del homólogo brasileño.

Analizándose específicamente el orden jurídico brasileño, se concluye que la competencia legislativa del CNJ y del CNMP, de la forma como ha sido

[761] Cfr. Sentencia de 28 de octubre de 2021 del Tribunal Supremo de España (recurso número 42/2011). Respecto del Consejo General del poder judicial español, Porras Ramirez, observa que el órgano tiene autonomía organizativa y funcional, que le garantiza, como órgano constitucional, una potestad reglamentaria *ad intra* autónoma para regular su organización y funcionamiento. Cuando dicta reglamentos de eficacia ad extra, es decir, cuando hace la regulación de "la relación de servicio a que se ven sujetos los jueces y magistrados, esto es, a cuanto afecta a su carrera y situación profesional, como a lo referido al funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales", la regulación se hace "con expresa sumisión a la ley". Cfr. RAMÍREZ, José María Porras. *Fundamento, naturaleza, extensión… cit.*, p. 253.

instituida por la Enmienda Constitucional n. 45, es incompatible con el sistema jurídico-político del país.

Primero, porque choca con el principio federativo, puesto que permite que un órgano nacional imponga normas sobre la actividad de los órganos de los Estados miembros de la Federación, lo que afecta directamente a la capacidad de auto-organización garantizada por el art. 18 de la Constitución[762] a los entes federativos.

El Supremo Tribunal Federal, sin embargo, ha decidido que el poder normativo del CNJ no interfiere en el principio federativo, puesto que el art. 125 de la Constitución[763] determina que la competencia de los Estados para organizar sus propios órganos jurisdiccionales debe observar los principios establecidos en la Constitución (*ADI-MC n. 12-6/DF*). Sin embargo, tras un análisis más detenido se observa que la Constitución determina que el Poder Judicial de los Estados miembros tendrá que obedecer a los principios que la Constitución dispuso para la organización del Poder Judicial en general, lo que es totalmente diferente a admitir que un órgano nacional, cuyos miembros son nombrados por indicación de órganos y entidades federales, interfiera en la organización del Poder Judicial de los Estados.[764]

En realidad, todos los órganos y entidades, de todos los poderes y de todas las esferas políticas, están obligados a la observancia de los principios

---

[762] "*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição*."

[763] "*Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição*."

[764] "*Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo*
I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal."

fundamentales de la Constitución. Por el contrario, cada ente federativo tiene la autonomía y autarquía para legislar y organizar sobre los servicios de su competencia.

El poder legislativo del CNJ tampoco es compatible con el reparto de competencia legislativa definida por la Constitución de 1988, que reservó al Supremo Tribunal Federal la iniciativa de ley complementaria para la regulación del estatuto de la magistratura (art. 93).[765] Se trata de una doble reserva: de iniciativa de ley, que compete al *Supremo Tribunal Federal*, y de especie normativa, puesto que se exige una *Lei Complementar*, que requiere un quórum cualificado (mayoría absoluta) para la aprobación. Así que la Constitución ha previsto para el Supremo Tribunal Federal "*uma reserva de lei complementar federal, área que nenhum outro órgão da República poderá invadir*".[766]

Por todo lo expuesto, las *resoluções* del CNJ y del CNMP no pueden más que reglamentar el ejercicio de sus competencias.

7.3.5. El poder normativo de las *Agências Reguladoras*

A finales de la década de 1990, el gobierno de Brasil realizó una amplia reforma administrativa que tenía como objetivo la desestatización de diversos servicios y actividades económicas y la consecuente creación de un aparato técnico-jurídico para el control y regulación de estas actividades de interés público transferidas al sector privado.

Entre las principales medidas adoptadas, hubo la creación de *Agências Reguladoras*, entidades autónomas de la administración descentralizada, responsables de la fiscalización y regulación de actividades económicas y servicios públicos concedidos, dotadas de un régimen jurídico especial que les concede una autonomía más amplia frente al ente federativo que las creó,[767] destacándose el poder normativo para definir las normas técnicas que disciplinan el servicio público o sector económico sometidos a su fiscalización y regulación.

---

[765] "*Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios*:"

[766] BULOS, Uadi Lâmego. *Direito constitucional..., cit.*, p. 1282.

[767] No hay una ley que defina el régimen jurídico general de las *Agências Reguladoras*, que está individualmente establecido en la ley de creación de cada una de ellas. Pero, las leyes reguladoras en general prevén, como medidas de autonomía, el mandato fijo de los dirigentes superiores; la ampliación de la autonomía financiera; y el poder normativo regulatorio.

A través de la Enmienda Constitucional n. 8, de 1995, se estableció la creación de una *Agência Reguladora* para los servicios de telecomunicaciones (art. 21, XI, de la Constitución)[768] y otra para la actividad de extracción y refino de petróleo (art. 177, § 2º, III, de la Constitución).[769] Además de la *Agência Nacional de Telecomunicações* - ANATEL y de la *Agência Nacional do Petróleo* – ANP, creadas en atención a la previsión constitucional, han sido creadas otras agencias, a ejemplo de la *Agência Nacional de Aviação Civil* – ANAC, *Agência Nacional de Energia Elétrica* – ANEEL, *Agência Nacional de Transportes Terrestres* – ANTT.

Las leyes que crearon estas entidades les han reconocido un régimen jurídico especial, que incluye autonomía administrativa y financiera, además de la potestad para expedir normas sobre la prestación y disfrute de los servicios que son objeto de su regulación y fiscalización.

La Constitución, con todo, no ha definido su régimen jurídico, lo que ha llevado a numerosos cuestionamientos respecto a los límites de la autonomía y de la naturaleza de la regulación ejercida por estas entidades.[770]

Siguiendo su obstinada historia de importación de modelos teóricos extranjeros que no encajan en la realidad social e institucional del país, la doctrina y jurisprudencia brasileñas han buscado en las experiencias de Italia y

---

[768] "*Art. 21. Compete à União:*
[…]
XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;"

[769] "*Art. 177. Constituem monopólio da União:*
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;
IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;
[…]
§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.
[…]
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:
[…]
III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;"

[770] Cfr. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade.* Revista tributária e de finanças públicas, 2000, vol. 35, p. 144-158.

Francia, pero, especialmente de Estados Unidos, la justificación y delimitación del poder normativo de las *Agências Reguladoras*.

Para muchos, a ejemplo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,[771] la ley que transfiere a las *Agências Reguladoras* el poder normativo regulatorio equivale a una delegación legislativa, rebajando el rango de la fuente normativa apropiada para la regulación de la materia (la llamada *deslegalización*). De esta manera, las leyes que regulan el poder normativo de las *Agências Reguladoras* tendrían la misma naturaleza de la Ley del 17 de agosto de 1948, de Francia, o la Ley n. 400, del 23 de agosto de 1988, de Italia. Según Moreira Neto,[772] como no hubo una prohibición general y taxativa en la Constitución, al Poder Legislativo le estaría permitido delegar sus atribuciones legislativas.

Sin embargo, la única hipótesis de delegación legislativa admitida en la Constitución está prevista en el art. 68, que permite la delegación al jefe del Poder Ejecutivo, mediante solicitud al Parlamento, que dictará una *resolução* especificando el contenido y los términos del poder legislativo delegado. No se admite otra forma de delegación, lo que es reforzado por el art. 25 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias,[773] que determina la revocación de todas las otras disposiciones legales que deleguen al Poder Ejecutivo competencia que la Constitución asigna al Congreso Nacional.[774]

Por tratarse de una excepción a la división de poderes, el ejercicio de actividad atípica por cualquiera de los Poderes del Estado debe estar expresamente autorizado por la Constitución. Como hemos dicho anteriormente, es principio general de hermenéutica que una eventual excepción a una regla general debe ser interpretada restrictivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). Así pues, tratándose de una excepción a la regla general de que el poder legislativo del Estado está en manos del Parlamento, previsto en el art. 44 de la Constitución, las potestades legislativas de otros poderes del Estado

---

[771] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação.* Revista de direito administrativo, v. 215, 1999, p. 79.
[772] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência..., cit.,* p. 79.
[773] "*Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:*
I - ação normativa;
II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie."
[774] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 305-306.

deben estar expresamente previstas, no admitiéndose interpretaciones extensivas a estos poderes excepcionales.

De esta forma, cualquier intento de transferencia de la potestad legislativa del Parlamento más allá de los supuestos admitidos en la Constitución se caracteriza por una renuncia al poder que le ha sido adjudicado por el pueblo, verdadero y único titular de la soberanía, lo que es inadmisible, puesto que la distribución y división de poderes del Estado ha sido determinada no en beneficio de los titulares de estos poderes, sino con la finalidad de preservar el interés de la colectividad, por lo que estos poderes no están a disposición de sus titulares.[775]

Es clásica la lección de que aquel que recibe la delegación de un poder no puede, sin la autorización del titular del poder, subdelegarlo a terceros. La lección, que ya estaba en el Digesto, 1.21.5, "*Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est*", se ha convertido en una máxima del derecho inglés (*maxima delegatus non potest delegare*), que no admitía la delegación del poder jurisdiccional[776] y, respecto al poder legislativo, quedó consagrada por Locke:[777]

> "la legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo, no puede pasárselo a otros. Sólo el pueblo puede determinar el tipo de Estado, lo cual hace constituyendo el poder legislativo e indicando en qué manos ha de estar".

Así pues, solo están permitidas las delegaciones legislativas expresamente permitidas por la Constitución.

Están aquellos que, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior,[778] consideran que el principio de legalidad en Brasil habría pasado por una mutación constitucional gracias a todas las transformaciones económicas y sociales del país, lo que abriría un espacio para la posibilidad de delegar el poder legislativo a las entidades administrativas reguladoras de la actividad económica.

---

[775] ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. Milán, 1947, versión en portugués, *Princípios de direito constitucional geral.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 144.
[776] Cfr. SELIGMAN, Edwin RA. *Encyclopaedia of the Social Sciences*, v. 5, New York, The Macmillan Company, 1923, p. 66; FERREIRA, Pinto. *Delegação de poderes***.** Revista de Direito Público e Ciência Política, v. 5, n. 3, 1962, p. 31.
[777] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre..., cit.*, p. 140.
[778] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade... cit.*, p. 9 y ss.

Por supuesto que no se niega que los textos de las normas, como cualquier texto o palabra en general, son entidades dinámicas, cuyo significado cambia según cambian los demás elementos del ambiente en el que están insertadas. Según la lección de Karl Loewenstein,[779] las constituciones no se modifican solo por el proceso formal de enmiendas constitucionales, sino que están sujetas, quizás en mayor medida, a la metamorfosis imperceptible que sufre toda norma como consecuencia del entorno político y de las costumbres.

En virtud de la mutación, una norma puede adquirir un significado nuevo sin la necesidad de un procedimiento de reforma constitucional. Sin embargo, las mutaciones, como las variaciones del significado de los símbolos lingüísticos, tienen un límite semántico. Así como no se puede convertir el hierro en oro, una prohibición no se puede convertir en autorización. No hay alquimista o intérprete que pueda pervertir de tal manera la naturaleza de la materia como para que pueda transmutar una cosa en su contrario. De la misma manera, la mutación de una norma no puede atribuirle un significado incompatible con los fundamentos esenciales del sistema jurídico-político en que está insertada.[780] Así que, como muy bien resalta Luís Roberto Barroso,[781] cualquiera que sea la evolución del tratamiento de la delegación legislativa, el hecho es que en el orden jurídico fundado por la Constitución de 1988 siempre serán inconstitucionales las leyes que delegan al Poder Ejecutivo la potestad legislativa fuera de las hipótesis expresamente admitidas por la Constitución.

Por lo tanto, cuando el texto constitucional (art. 44) dijo que el ejercicio del Poder Legislativo pertenece al Parlamento, no hay mutación constitucional que transfiera al Poder Ejecutivo ninguna parcela del poder legislativo del Parlamento.

Tampoco se puede admitir que el poder normativo atribuido por ley a las *Agências Reguladoras* lleve a la degradación del rango normativo de la materia, del dominio de la ley para el dominio del reglamento administrativo, lo que

---

[779] LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governamental process.* Chicago, 1957; versión en español, *Teoría de la constitución*. Barcelona, Ariel, 1965, p. 128.
[780] Cfr. MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. *O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF — mutação constitucional do princípio da legalidade.* Revista de Direito Público da Economia, v. 43, 2013, p. 38.
[781] BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). En* BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 175 y ss.

caracterizaría a una deslegalización, es decir, la transferencia al reglamento de la regulación fundamental de algunas materias hasta que sobrevenga otra ley revocando la transferencia.

Este ha sido un artilugio utilizado en Francia por la "*Loi André Marie*", de 17 de agosto de 1948, para regatear la prohibición, prevista en la Constitución de 1946, de delegación por el Parlamento de su potestad legislativa. A partir de la ley, según Medrano,[782] "el reglamento podría, en adelante, intervenir derogando, modificando o reemplazando las disposiciones en vigor, incluso cuando éstas tuvieran carácter legislativo".

Sin embargo, desde el momento en el que se reconoce fuerza normativa directa e inmediata a la Constitución, el rango y la fuerza de la ley ya no son un atributo propio de la propia ley que, de esta manera, podría ser rechazado por el legislador. La posición en el orden jurídico y la fuerza de cada norma son determinadas por la Constitución la cual es, por ello, la única fuente normativa capaz de excepcionar o autorizar la excepción del sistema de fuentes por ella determinado. Como muy bien resalta Antoni Roig:[783]

> "En realidad, en un ordenamiento presidido por una Constitución normativa, la posibilidad de disociar la fuerza, activa o pasiva, del rango de ley debería estar prevista en el propio texto constitucional. […] Toda escisión entre la fuerza activa y pasiva de una norma legal, o entre su rango y su fuerza debe estar constitucionalmente prevista o fundamentada."

Por ello, el poder normativo de las *Agências Reguladoras* se circunscribe a los límites del poder normativo ordinario de la Administración Pública, de naturaleza meramente reglamentaria para la "fiel ejecución" de la ley, según lo dispuesto en el art. 84, IV, de la Constitución,[784] que regula la competencia del Presidente de la República, pero se extiende a todos los grados de la jerarquía administrativa, siempre que se haga necesario el desarrollo normativo para la ejecución de la ley.

---

[782] MEDRANO, Amelia Pascual**.** *La ley y el reglamento en el Derecho Constitucional francés.* Revista de estudios políticos, n. 106, 1999, p. 184.

[783] ROIG, Antoni. *La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España*. Madrid, Dykinson, 2003, p. 183.

[784] "*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
[...]
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

La Constitución brasileña ha organizado el orden jurídico bajo la siguiente estructura jerárquica de normas: en la cima del sistema, la Constitución, norma suprema del orden jurídico, fundamento de validez de todas las demás normas, que no pueden contrariar las disposiciones constitucionales, so pena de declaración de su inconstitucionalidad (arts. 97 y 102, I, a, de la Constitución). Después, debajo de la Constitución, están las leyes, o más bien los actos normativos con fuerza de ley, únicas normas que pueden obligar alguien a hacer o dejar de hacer algo (art. 5º, II, de la Constitución). Por último, los reglamentos, que se limitan a la fiel ejecución de los actos normativos con fuerza de ley (art. 84, IV, de la Constitución). La jerarquía de los reglamentos sigue la jerarquía de la autoridad de la cual emanan, por lo que los reglamentos dictados por el jefe del Poder Ejecutivo, llamados de Decretos (art. 84, IV, de la Constitución) están en la parte más alta de las normas reglamentarias.

Pero, junto al principio de jerarquía, el orden jurídico está estructurado también por el principio de competencia, que impone una división (personal, material, funcional, territorial, orgánica, etc.) de las competencias normativas.[785] Así que puede que la ley sea desplazada de la regulación de un objeto específico, como es el caso de las normas de organización interna de los poderes legislativo y judicial que, por el criterio de competencia, fueron excluidas del ámbito de incidencia de la ley y asignadas a la regulación de los propios tribunales y parlamentos a través de regimientos internos. Un eventual conflicto entre una ley y un regimiento interno de un tribunal o parlamento se resuelve no por el criterio jerárquico, puesto que no hay jerarquía entre estos tipos normativos, sino por el criterio de competencia.

En las monarquías europeas restauradas del siglo XIX, la división del poder político bajo el principio monárquico ha llevado a la formulación de un concepto material de ley, como acto propio de expresión del espacio protegido de la sociedad, así como un concepto material de reglamento administrativo, caracterizado como acto normativo de regulación del espacio propio reservado al rey. También en Francia se ha debatido acerca de la existencia de una materia propia de los reglamentos. En la búsqueda de un concepto material de ley y

[785] Sobre el critério de competencia, cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho… Volumen I, cit.*, p. 106 y ss.

reglamento, León Duguit[786] aporta una gran contribución para la exacta definición de los términos al observar que un reglamento de organización de un Ministerio tiene el mismo ámbito de incidencia de la ley que regula la competencia del órgano.

En realidad, el reglamento administrativo de ejecución siempre incidirá sobre el campo de la regulación de la ley. La diferencia es que el campo de incidencia del reglamento será más reducido, puesto que parte del ámbito de incidencia de la ley estará vedado al reglamento, bien a través de la reserva general impuesta por el principio de legalidad, que impide que el fundamento de validez del acto realizado por la Administración sea directa y completamente extraíble de los preceptos de un reglamento, o bien a través de una reserva específica de ley, que preserva un determinado objeto a la regulación exclusiva de la ley.

Solamente es posible hablar de un ámbito material de incidencia propio del reglamento cuando la Constitución haya instituido alguna reserva reglamentaria, como hizo la Constitución francesa de 1958 (art. 37). En caso contrario, el reglamento puede incidir sobre el mismo espacio de la ley para que no haya ninguna reserva legal. En caso de conflicto entre las disposiciones de un reglamento y una ley, el criterio para resolver la antinomia es el criterio jerárquico: prevalece la norma de mayor rango jerárquico, es decir, la ley.

De esta forma, puesto que la Constitución brasileña no ha reservado ningún ámbito de regulación propio a los reglamentos de las *Agências Reguladoras*, aunque la ley expresamente abdique de la regulación de la materia en favor del reglamento, estos reglamentos permanecen jerárquicamente inferiores a la ley, que puede, en cualquier momento, disponer sobre la regulación de la materia. Una ley no puede, en el orden jurídico brasileño, coartar el ámbito de incidencia de las futuras leyes, bloqueando una determinada materia a la regulación legal, lo que caracterizaría la – inadmisible – renuncia del poder legislativo por el Parlamento.

La potestad normativa de las *Agências Reguladoras* ya ha sido judicialmente contestada en la primera agencia creada, la *Agência Nacional de*

[786] DUGUIT, León. *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'ťat, le droit de l'état, les libertés publiques, organisation politique*. Paris, E. de Boccard, Éditeur, 1923, p. 107 y ss.

Telecomunicações – ANATEL, regulada por la Ley n. 9.472, del 16 de julio de 1997.

En la *ADI n. 1668-5/DF*, el Supremo Tribunal Federal ha decidido que la competencia normativa de la *Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL,* "*subordina-se aos preceitos legais e regulamentares*", por lo que sería una potestad normativa reglamentaria ordinaria, dictada *sub lege.* Esta decisión ratificaba la anterior decisión de la *ADI n. 1435/DF*, en la que el tribunal negaba validez al Decreto n. 1.719, de 1995, que reguló los servicios de comunicaciones sin que hubiera una ley anterior que regulara la materia. En esta oportunidad, la corte constitucional consideró que, según el art. 84, IV, de la Constitución, los Decretos solo serían válidos mientras fueran dictados en ejecución de una ley anterior que regulara la materia, estando vedado por el orden jurídico brasileño la expedición de Decretos autónomos.

En la *ADI n. 4756/DF*, que cuestionaba la constitucionalidad del poder normativo de la *Agência Nacional do Cinema – ANCINE,* creado por la Ley n. 12.485, de 2011, la corte suprema consideró válido el poder normativo de la agencia desde que fue pautado por principios inteligibles capaces de determinar los límites y parámetros de la actuación de la entidad. Según lo dispuesto en la decisión:

> "*6. A moderna concepção do princípio da legalidade, em sua acepção principiológica ou formal axiológica, chancela a atribuição de poderes normativos ao Poder Executivo, desde que pautada por princípios inteligíveis (intelligible principles) capazes de permitir o controle legislativo e judicial sobre os atos da Administração."*

Se ha servido, por lo tanto, de la doctrina de los *intelligible principles*, desarrollada para justificar los límites de la delegación de poderes legislativos a las *agencies* de Estados Unidos, pero sin ser necesario, puesto que el orden jurídico brasileño no niega poder normativo a la Administración, sino solo poder legislativo, es decir, poder de innovar primariamente en el orden jurídico, creando, alterando o extinguiendo una obligación no prevista en ley.

En realidad, lo que debería debatirse es el límite mínimo que la regla de legalidad prevista en el art. 5º, II, impone a la regulación de la materia por la ley, es decir, cuáles son los aspectos de la regulación que deben obligatoriamente

estar dispuestos en una norma con rango de ley y, por ende, cuáles pueden ser reglados por los actos normativos expedidos por las *Agências Reguladoras*.

Recientemente, en la decisión de la *ADI n. 4874/DF*, el *Supremo Tribunal Federal* ha sido aún más preciso en los estándares que debería contener la regulación legal: "*as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar*".

El poder regulatorio de las *Agências Reguladoras*, por lo tanto, sólo sería la promulgación de leyes que solo enuncian los principios y patrones generales de actuación, conocidas en el Derecho francés como leyes-cuadro (*lois-cadre*), dejando a la Administración una mayor discrecionalidad para la reglamentación de la materia, especialmente en el aspecto técnico, que la ley deja a la (casi) completa regulación del reglamento.

Como hemos dicho anteriormente, basándonos en la lección de Merkl,[787] todo orden jurídico es una estructura escalonada de normas, donde cada norma es una creación del derecho, que innova en las normas ya existentes y, al mismo tiempo, aplicación del derecho. De esta forma, la creación del derecho se da a través de un proceso de progresiva concretización de las normas más generales hacia las más particulares hasta llegar al acto administrativo concreto.

Lo que no es propiamente una innovación, ya que hay diversas normas que adjudican a órganos de la Administración la competencia para disponer sobre criterios técnicos que integran la regulación de la conducta de los particulares.[788] Es el ejemplo de los reglamentos del Ministerio de la Salud, que disponen sobre la fabricación y comercio de medicamentos, o los reglamentos del Ejército que disponen sobre la fabricación, comercialización y el uso de materiales explosivos.

7.3.6. Las *resoluções* del *Tribunal Superior Eleitoral*

El Poder Judicial en Brasil está encargado, a través de la Justicia Electoral (art. 118 de la Constitución), de la organización administrativa del

[787] MERKL, Adolf. *Escritos de teoria..., cit.*, p. 282 y ss.
[788] Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.,* p. 176; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito..., cit.*, p. 699.

proceso electoral y de la función jurisdiccional respecto a los ilícitos de naturaleza electoral y de los conflictos resultantes del pleito electoral. Ejerce, por lo tanto, atribuciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional.

La Justicia Electoral tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y en la cima de su organización está el *Tribunal Superior Eleitoral – TSE,* que, en el ejercicio de sus atribuciones reglamentarias, puede dictar *resoluções*, según lo previsto en el art. 25, § 3º,[789] de su regimiento interno. Pese a que el regimiento interno expresamente disponga que las *resoluções* serán dictadas en el ejercicio del poder reglamentario, el Tribunal ha adoptado diferentes normas con contenido típicamente legislativo, que no se limitan a reglamentar las leyes vigentes, sino que innovan en el orden jurídico imponiendo obligaciones y derechos no previstos en la ley. Sólo en las elecciones presidenciales de 2018 el tribunal ha dictado diez *resoluções* regulando el proceso electoral.[790]

El complejo sistema político-partidario brasileño dificulta la composición de los acuerdos políticos necesarios para la elaboración de la legislación necesaria para regular el proceso electoral y los derechos y obligaciones de los partidos y candidatos, lo que ha llevado a que el *TSE* asuma el protagonismo legislativo en la materia dictando, a través de reglamentos, las normas que regulan el proceso electoral.

La actividad normativa del tribunal, sin embargo, llega a una verdadera usurpación del poder legislativo del Parlamento y, por ende, en una ruptura del principio de la separación de poderes, lo que choca directamente con la Constitución vigente.[791] Tratándose de un órgano con atribuciones jurisdiccionales, el problema se vuelve aún más grave, una vez que un eventual

---

[789] "*Art. 25. As decisões serão tomadas por maioria de votos e redigidas pelo relator, salvo se for vencido, caso em que o presidente designará, para lavrá-las, um dos juízes cujo voto tiver sido vencedor; conterão uma síntese das questões debatidas e decididas, e serão apresentadas, o mais tardar, dentro em cinco dias.*
[...]
§ 3º Os feitos serão numerados, e as decisões serão lavradas sob o título de acórdão, reservando-se o termo resolução àquelas decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do relator."

[790] Cfr. MACEDO, Elaine Harzheim. *Normatização das eleições: a Justiça Eleitoral detém funções legislativas? En* FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte, Fórum, 2018. p. 266.

[791] Cfr. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A "reserva de densificação normativa" da lei para preservação do princípio da legalidade*. Duc In Altum-Cadernos de Direito, 2016, vol. 1, n. 1, p. 232.

cuestionamiento respecto a la validez de las *resoluções* del *TSE* será juzgado por el propio tribunal lo que, sin lugar a dudas, no coincide con el Estado de Derecho.

El *Supremo Tribunal Federal* tuvo la oportunidad de manifestarse respecto a la adecuación de estas *resoluções* con el orden constitucional brasileño en el fallo de la *ADI n. 3.999/DF*, donde se cuestionaba la validez de la *Resolução* n. 22.610, de 2007, y de la *Resolução* n. 22.733, de 2008, que disponían sobre la pérdida del mandato parlamentario por "infidelidad partidaria".

El *Partido Social Cristão*, autor de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, alegaba que la *resolução* era inconstitucional ya que invadía la competencia legislativa del Parlamento para legislar sobre derecho electoral prevista en el art. 22, I, de la Constitución.[792] El *Supremo Tribunal Federal,* no obstante, ha adoptado una posición netamente pragmática, sin ningún respaldo en el orden jurídico, decidiendo que, mientras el Poder Legislativo no legislara sobre la materia, cabría al Poder Judicial, excepcional y transitoriamente, servirse de las *resoluções* para salvaguardar el cumplimiento de la lealtad partidaria. El fundamento para el deber de fidelidad del parlamentario al partido sería el art. 17, § 1º de la Constitución, que concede a los partidos políticos autonomía para definir su estructura interna, debiendo sus estatutos establecer normas de disciplina y lealtad partidaria.

La pérdida del mandato parlamentario, a su vez, está recogida en el art. 55 de la Constitución,[793] que no prevé entre las hipótesis la infidelidad partidaria.

---

[792] "*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;"

[793] "*Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:*
I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.
§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.
§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Por lo tanto, se trata de un reglamento de naturaleza administrativa que crea una hipótesis de extinción del mandato parlamentario, y, de manera indirecta, limita la capacidad electoral pasiva del parlamentar y, como consecuencia, limita el derecho político de los electores que han elegido al parlamentario, puesto que el voto de estos electores pierde la efectividad con la pérdida del mandato de su representante.

El *Supremo Tribunal Federal* ha decidido que el acto de infidelidad partidaria caracteriza una afrenta al principio democrático, previsto en el art. 1º, párrafo único, de la Constitución, por lo que resultaría directamente de la Constitución la exigencia al parlamentario de mantenerse durante todo el mandato legislativo en el partido con el cual ha concurrido en las elecciones, so pena de pérdida del mandato.

El tribunal afirmó la atribución del Poder Legislativo de la regulación del proceso de pérdida del mandato por infidelidad partidaria, pero reconoció al *TSE* la potestad excepcional y transitoria de dictar *resoluções* para garantizar la observancia del deber de fidelidad partidaria hasta que sea promulgada una ley reglamentando definitivamente la materia.

La Constitución brasileña, sin embargo, no atribuyó función normativa a la justicia electoral. La función normativa del *TSE* procede del Código Electoral, Ley n. 4.737, de 1965, que dispone que el tribunal expedirá instrucciones para la fiel ejecución del Código:

> *"Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.*
> *Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.*
> *(…)*
> *Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior.*

---

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.
§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º."

(…)

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código."

Por lo tanto, el tribunal recibió potestad normativa exclusivamente para expedir instrucciones para la ejecución del Código Electoral, y no se le autorizó a desarrollar directamente las disposiciones de la Constitución.

El reconocimiento al *TSE* de poder legislativo para determinar las reglas del proceso electoral le anula la exención necesaria para una decisión pautada solamente en la justicia, puesto que el tribunal, al legislar sobre la materia, decide previamente en favor de la adopción de medidas que beneficiarán a unos y perjudicarán a otros partidos y candidatos. La actividad legislativa es esencialmente una actividad política, de "toma de partido" en la pugna entre intereses diversos.

La decisión del *Supremo Tribunal Federal* en la *ADI n. 3.999/DF* ataca al centro del Estado de Derecho, que es la organización de un sistema de ordenación social cuyos principios de organización no estén a disposición de las finalidades inmediatas de los agentes sociales, sino que cualquier acto, independientemente de su finalidad, solo es válido si es realizado a través de los medios considerados legítimos. Como hemos dicho anteriormente, en el Estado de Derecho, la finalidad del gobierno no es la "realización de un fin u objetivo dado del modo más eficaz y expeditivo posible", sea este modo cualquiera, sino la realización de un fin u objetivo "del modo previsto" y de ninguna otra forma, independientemente del valor que se atribuya al fin.[794] En el Estado de Derecho, los fines no justifican los medios, sino que son limitados por ellos. No basta con perseguir los fines legítimos, es necesario la utilización de los medios legítimos.

7.3.7. Decisiones normativas de la Justicia del Trabajo

La Constitución brasileña dispone que, en los conflictos laborales, cuando las partes se niegan a celebrar un acuerdo colectivo o someterse al arbitraje, les está permitido enjuiciar un *dissídio coletivo* perante la Justicia del Trabajo, que decidirá el conflicto a través de una sentencia normativa, acto

[794] PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden…, cit.*, 2018, p. 113.

jurisdiccional, pero con fuerza normativa, que determinará las condiciones laborales a las que se someterán las partes en conflicto:

> "*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*
> *[…]*
> *§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*."

Este poder normativo de la Justicia del Trabajo tiene su origen en la Constitución brasileña de 1937, otorgada por el dictador Getúlio Vargas tras el golpe de Estado que instauró el llamado "Estado Nuevo", de corte fascista. La Constitución de 1937 prohibió la huelga y el *lockout*, que pasaron a ser considerados incompatibles con los "superiores intereses de la producción nacional" (art. 139).[795]

Tras la disolución del Congreso Nacional, Getúlio Vargas dictó el *Decreto-lei* n. 1.237, de 1939, creando la Justicia del Trabajo, cuyas decisiones que solventaran conflictos laborales podrían disponer sobre nuevas condiciones de trabajo de las categorías en conflicto y extenderse a todos los empleados de la categoría profesional, aunque no hubieran participado del proceso judicial (art. 65).[796]

La doctrina, en general, considera que las sentencias normativas de la Justicia del Trabajo no se limitan a la aplicación de la norma jurídica positiva a la relación laboral en conflicto, sino que efectivamente legislan, creando reglas jurídicas generales y abstractas, de cumplimiento obligatorio, convirtiéndose, por ello, en verdaderas leyes en sentido material.[797]

---

[795] "*Art 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.*
A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional."

[796] "*Art. 65. Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e de que houver participado uma fração, apenas. dos empregos de uma empresa, poderá o tribunal, na própria decisão, extendê-la, si assim julgar justo e conveniente, á outra fração da mesma profissão dos dissidente*."

[797] En este sentido, cfr. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho*. São Paulo, LTR, 2019, p. 1545.

En efecto, se extienden a las sentencias normativas de la Justicia del Trabajo las mismas críticas hechas en el apartado anterior respecto a las *resoluções* de la Justicia Electoral: son actividades que deben ejercerse en estricta observancia de las leyes, estándole vedado a la Justicia del Trabajo dictar normas con fuerza de ley, so pena de usurpación del poder legislativo del Parlamento y, por ende, en oposición al principio de la separación de poderes proclamado en el art. 2º de la Constitución.

El *Supremo Tribunal Federal*, al contrario de lo decidido respecto al poder normativo del *Tribunal Superior Eleitoral*, no admite fuerza de ley a las sentencias normativas de la Justicia del Trabajo, que solo pueden imponerse si están respaldadas por la ley:

> "*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. DISSÍDIO COLETIVO. AUSENCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA CLÁUSULAS DEFERIDAS. PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LIMITES NA LEI. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que as cláusulas deferidas em sentença normativa proferida em dissídio coletivo só podem ser impostas se encontrarem suporte na lei. 2. Sempre que a Justiça do Trabalho editar norma jurídica, há de apontar a lei que lho permitiu. Se o caso não se encaixa na classe daqueles que a especificação legal discerniu, para dentro dela se exercer sua atividade normativa, está a Corte Especializada a exorbitar das funções constitucionalmente delimitadas. 3. A atribuição para resolver dissídios individuais e coletivos, necessariamente in concreto, de modo algum lhe dá a competência legiferante. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 114836-5/MG, 2ª Turma - Rel. Ministro Maurício José Corrêa. DJ. 06.03.1998, p. 16).*"

El reconocimiento de fuerza de ley a las sentencias normativas de la Justicia del Trabajo además de grave ataque al principio de la separación de poderes, representa una inadmisible intervención en la libertad contractual privada, protegida por los principios de la libre iniciativa, principio fundamental

del orden económico (art. 170 de la Constitución),[798] por los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa, que son fundamentos básicos de la *República Federativo do Brasil* (art. 1º, IV, de la Constitución).

Las sentencias normativas tienen la naturaleza de juicio arbitral que, en ausencia de acuerdo, pone fin a la negociación colectiva entre empleadores o sindicatos de empleadores y sindicatos de empleados. Por ello, la sentencia no puede arbitrar nada que no estuviera a disposición de las partes, es decir, la sentencia normativa integra el contrato de trabajo, como ha determinado el *Tribunal Superior do Trabalho* en la *Súmula* n. 277.[799]

7.4. El principio de seguridad jurídica: la irretroactividad de la ley y de los actos administrativos

No basta la existencia de una norma primaria que dé validez la práctica del acto administrativo. Es imperativo, además, que la norma que rige la conducta del administrador sea previa a los hechos que regula, puesto que es el fundamento de derecho (motivo) lo que autoriza la práctica del acto. Se trata, por tanto, de una exigencia lógica. No basta con que el Estado tenga la estructura material y personal para actuar. Tampoco es suficiente el poder general de imperio que tiene el Estado para controlar unilateralmente a los particulares. Este poder de imperio, que permite que la estructura personal del Estado actúe, sirviéndose de todos los medios físicos y materiales disponibles, solo es válidamente utilizado cuando haya una ley que autorice la acción del Estado. Desde el punto de vista lógico, la autorización precede al acto.

Por otro lado, cuando se dice que nadie está obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley (art. 5º, II, de la Constitución), se quiere decir que es necesaria una ley previa a la obligación puesto que es la propia ley la que crea la obligación. La expresión “en virtud de” tiene un significado muy claro de

---

[798] “*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios*:”

[799] “*SÚMULA N.º 277 - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE*
As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”

causa – jurídica, por supuesto – que autoriza una consecuencia, que es el acto estatal de intervención en la esfera jurídica de los particulares. Nuevamente se trata de una imposición lógica: es la ley que la que crea la imposición, por lo que no puede haber imposición anterior a la ley o, en otras palabras, no puede haber ley posterior a la imposición.

La Constitución imperial de 1824 (art. 179, III) y la Constitución republicana de 1891 (art. 11, 3º) prohibían de forma absoluta la retroacción de los efectos de las leyes. Pero, desde la Constitución de 1934, no se impuso ya una prohibición general a la retroacción de la ley. Sin embargo, en la Constitución de 1988 no hay una prohibición general, por lo que puede que el principio de la irretroactividad de la norma tenga que desplazarse para la aplicación de otro valor fundamental del orden jurídico que, en alguna situación específica, se considere que deba prevalecer. En rigor, la Constitución brasileña solo prohíbe explícitamente la retroacción de las normas penales (art. 5º, XL)[800] y de las normas que crean tributos (art. 150, III, a).[801] Sin embargo, impone, además, un límite a la retroacción de cualquier ley, que no podrá perjudicar el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la sentencia firme (art. 5º, XXXVI).[802]

La irretroactividad de la ley se impone como principio ya que la libertad solo es debidamente ejercida cuando la persona, antes de deliberar qué conducta adoptar, sepa si su acción es aprobada o desaprobada por el ordenamiento jurídico y en qué medida, de modo que pueda elegir libremente el resultado que más le convenga. Plenamente libre solo es la acción consciente de los medios y los fines, la acción de aquel que conoce las circunstancias particulares en que se desarrolla su acción, lo que es, incluso, reconocido desde la Antigüedad griega, como nos informa Sófocles, en su obra “Edipo en Colon”, cuando el personaje Edipo, en su defensa contra la acusación de haber asesinado a su padre, comunica al rey Creonte que lo había hecho “sin saber

---

800 “*XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*;”

801 “*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
[...]
III - cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;”

802 “*XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*;”

nada de lo que hacía, ni contra quien lo hacía" y, por ello, cuestiona al rey: "¿Cómo este involuntario hecho me puedes en justicia imputar?"

Cuando se dice "ley", normalmente se hace mención del texto de la norma. Sin embargo, la norma no es el texto, sino el sentido que se extrae de este texto. Como dijo Miguel Reale,[803] la norma es su interpretación. Por ello, es ilícita no solo la aplicación retroactiva de la ley sino también la mera interpretación retroactiva de una misma norma, prohibición que está expresamente prevista en el Código Tributario Nacional de 1966,[804] en la ley de procedimiento administrativo federal[805], y que ha sido recientemente introducida en el *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942,[806] por lo que se ha convertido en principio general de todo el sistema jurídico.

El fundamento de validez del acto administrativo, por lo tanto, debe siempre ser anterior o contemporáneo al propio acto. La Administración actúa por autorización y en los límites de la ley. Si falta la ley, falta el propio fundamento de validez del acto administrativo.

La validez de un acto administrativo es una prueba de que se debe hacer en el instante inmediatamente anterior a su perfeccionamiento, a su existencia en el mundo jurídico. Traspasados los umbrales de la existencia, o el acto tiene el sello de validez, obtenido mediante la existencia conforme a la ley que le autoriza a existir e imponerse coercitivamente, o el acto existe clandestinamente y se impone como violencia, mera fuerza bruta desprovista de legitimidad.

---

[803] REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 583.

[804] "*Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.*"

[805] "*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
[…]
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação."

[806] "*Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*
Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público."

Se trata de la aplicación del principio *tempus regit actum*, ampliamente adoptado por la jurisprudencia nacional[807] y según el cual el juicio de regularidad del acto administrativo debe ser efectuado en relación con la ley en vigor en el momento de su realización.

El *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942, que dispone sobre la interpretación y aplicación de las normas del derecho brasileño, informa que las leyes en vigor tendrán efecto inmediato y general, pero no podrán afectar al acto jurídico perfecto (art. 6º), así considerado aquel ya consumado y apto para producir efectos según la norma vigente al tiempo en que ha sido practicado (art. 6º, § 1º). De esta manera, la Constitución impide que se les aplique a los actos jurídicos una norma superveniente al momento de su perfeccionamiento.

El *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942, tiene la naturaleza de norma sobre la producción jurídica,[808] concepto desarrollado por Tommaso Perassi[809] para identificar las normas que determinan cómo se van a producir el resto de las normas del ordenamiento jurídico, y que, por ello, integran lo que Kelsen[810] llama constitución material. De esta manera, las disposiciones de la Constitución deben ser interpretadas teniéndose en consideración los preceptos del *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942 y, de esta manera, se puede decir que en el derecho brasileño la regla es la irretroactividad de la ley.

Junto a la libertad y la seguridad jurídica, el orden jurídico reconoce otros valores, a veces contradictorios, que pueden justificar una eventual aplicación retroactiva de las normas jurídicas, con la intención de reparar una situación posteriormente considerada injusta o inadecuada. Esta retroacción, sin embargo, además de no poder deshacer los actos jurídicos ya perfeccionados, ni afectar a los derechos adquiridos, solo es admisible cuando esté autorizada por el poder soberano, el único capaz de excepcionar el principio de libertad. De

---

[807] Por todos, cfr. *STJ*, *AIRESP n. 1835223*.

[808] La expresión "normas sobre la producción jurídica" no se ha popularizado en la doctrina brasileña. Así que Flávio Tartuce (*Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral.* Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 27) clasifica el *Decreto-lei* n. 4.657, de 1942, como "*conjunto de normas sobre normas*" o "*norma de sobredireito (lex legum)*" y José Jairo Gomes (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo, Atlas, 2012, p. 09) lo clasifica como una "*metanorma*".

[809] PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle Scienze Giuridiche*. CEDAM, Padova, 1967, p. 34.

[810] Según Kelsen, la "Constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes." Cfr. KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre.* Berlín, 1925; versión en español, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995. p. 147.

esta manera, la retroacción del Derecho de manera que afecte a los derechos de personalidad solo es admisible cuando esté determinada por una ley.

De la regla del art. 5º, II, de la Constitución resulta no solo que las obligaciones deben derivar siempre de una ley, sino también que cualquier alteración posterior en los elementos de estas obligaciones que pudiera afectar a la decisión ya adoptada, debe ser determinada igualmente por una ley, so pena de aceptarse que una norma superveniente anulara la protección de la regla de legalidad. Si la regla protege contra los actos futuros, en los que aún existe la posibilidad de elección de la conducta, con mucha más razón debe proteger a los actos pretéritos, ya practicados y que, por ello, no se permitiría siquiera la posibilidad del agente de elegir si se adhiere o no con su conducta a las consecuencias previstas en la nueva ley.

Tampoco la nueva interpretación que la Administración hace de la ley puede tener efectos retroactivos, alcanzando actos previos que se basaban en la interpretación anterior, tal y como está previsto en la ley federal de procedimientos administrativos:

> "*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
> *(…)*
> *XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*"

Como refuerzo a la prohibición prevista en la Ley n. 9.784, de 1999, la Ley n. 13.665, de 2018, la incluyó en el *Decreto-Lei* n. 4.657, de 1942, determinando que no se podrá, en la esfera administrativa o judicial, declarar la invalidez del acto administrativo sino considerando la interpretación que se hacía de la ley en el momento en que se realizó el acto:

> "*Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*

> *Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público."*

Pese a que la Constitución brasileña dispone únicamente la irretroactividad de la ley, del principio de seguridad jurídica resulta no solo la irretroactividad de la ley sino también la irretroactividad de los actos administrativos.[811]

La posibilidad de convalidación de algunos vicios de los actos administrativos ha llevado a la falsa ilusión de que los actos administrativos pueden afectar a las relaciones ya constituidas. Sin embargo, en la convalidación no hay alteración superveniente de los efectos del acto, sino que, ya en el momento de la práctica del acto se fortalecen principios como los de la seguridad jurídica, de la *bona fides*, entre otros, que determinan que la sanción correspondiente al vicio sea no la invalidación del acto sino su convalidación. Como muy bien observa Weida Zancaner,[812] ante un vicio en un acto jurídico, el principio de la legalidad impone la restauración del orden jurídico violado, pero la restauración puede darse con la invalidación del acto viciado o con su convalidación.

La convalidación, sin embargo, queda sometida a un límite invencible: no puede perjudicar las situaciones jurídicas de los particulares, imponiéndoles, como consecuencia, obligaciones que no tendrían en caso de que el acto fuera anulado. Así lo dispone la ley de procedimiento administrativo federal, Ley n. 9.784, de 1999,[813] que impide la convalidación cuando perjudique el interés de los particulares.

De todos modos, la disposición del art. 55 de la Ley n. 9.784, de 1999, es innecesaria, una simple precaución del legislador, puesto que la prohibición

---

[811] Cfr. DE BARROS JUNIOR, Carlos Seabra. *Teoria dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 106, 1971, p. 22; JÚNIOR, José Cretella. *Retroatividade do ato administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 127,1977, p. 01; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno..., cit.*, p. 149.

[812] ZANCANER, Weida*, Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 54.

[813] "*Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração."*

resulta de la propia definición de los términos del principio de legalidad: nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley.

De esta manera, resultaría posible la convalidación solamente de los actos favorables; nunca de gravamen.

Además, según el pensamiento generalizado en la doctrina,[814] solo es posible la convalidación por vicios de competencia y de forma, pero no por vicio en el contenido mismo del acto. De esta manera, la ausencia de ley que autorice la práctica del acto jamás será pasible de convalidación, puesto que habría en este caso una convalidación del propio contenido del acto, no válido por ausencia de una ley que lo autorizara. Desde luego, el establecimiento de la convalidación de los actos administrativos, es decir, la preservación de los efectos de actos practicados sin el cumplimiento de las exigencias legales ha sido desarrollado en beneficio del ciudadano como mecanismo de protección contra los actos estatales ilícitos pero que han creado para el particular la *legítima expectativa* del goce de un derecho. El caso paradigmático, que ha influido en los tribunales de otros lugares del mundo, ha sido el fallo del Tribunal Administrativo Federal alemán del 14 de noviembre de 1956 (*BVerwGE 9*, 251), que reconoció el derecho a una pensión irregularmente concedida a la viuda de un funcionario que, tras la muerte de su cónyuge, se trasladó de la República Democrática Alemana a Berlín Oriental después de que la Administración le prometiera el pago de la pensión. El tribunal, sin embargo, no admitió la retroactividad de la ley en perjuicio de los ciudadanos sino en situaciones en las que no hubiera una creación de una expectativa legítima para el ciudadano.[815]

En Alemania, la convalidación de los actos ilícitos del Estado, pero con apariencia de legítimos, es bastante rigurosa, aceptada solo en situaciones en las que haya elementos fácticos suficientes para crear en el ciudadano una legítima expectativa en la regularidad del acto, descartándose la aplicación de la teoría cuando, por ejemplo, la regulación de la materia fuera confusa o hubiera controversias sobre la interpretación adecuada.[816]

---

[814] Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*..., *cit.*, p. 256; CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de direito..., cit.*, p. 145; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito..., cit.*, p. 438.
[815] Cfr. MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre, SA Fabris Editor, 2001, p. 77.
[816] Cfr. MAURER, Hartmut. *Elementos de direito..., cit.*, p. 78.

En Brasil, sin embargo, la teoría de la protección de la expectativa legítima se ha convertido en un mazo, capaz de minar la barrera de la ley, para favorecer a los grupos y personas que pueden permitirse contratar a grandes bufetes de abogados.

La unión de una cultura de transgresión, de poco respeto a la ley, con el activismo judicial que asola el país, donde cada juez se convierte en soberano, capaz de legislar y administrar de la forma que le convenga, ha llevado a la proliferación de decisiones que preservan los efectos de actos administrativos dictados sin la observancia de la ley. Funcionarios, pensionistas, contribuyentes, invasores de propiedades públicas, empresas contratadas, en fin, nadie quiere someterse a los preceptos de la ley. Apenas no hay vicio que justifique la invalidación del acto. Toda expectativa se cree legítima. La legítima expectativa en Brasil es que, al final, observándose o no los preceptos de la ley – esto poco importa –, las cosas se arreglan con el famoso "*jeito*" brasileño.

De todos modos, aunque en el caso concreto la sanción del acto administrativo viciado sea la convalidación, eso no equivale a negar la sumisión de los actos administrativos a una ley previa, que permanece absolutamente necesaria en todos los actos en general. La convalidación administrativa es la práctica de un nuevo acto con la corrección del vicio, con la finalidad de preservar los efectos del acto anterior. No se trata, por ello, de aplicar retroactivamente una ley futura a un acto administrativo practicado en el pasado. La ley permanece igual, regulando solo los hechos futuros.

7.5. La igualdad ante la ley: la exigencia de no discriminación

De la igual dignidad de todos los hombres y mujeres se llega a que no solo el poder político es ejercido por atribución de todos (soberanía popular), sino también que es ejercido en beneficio de todos (isonomía), indiscriminadamente. Es lo que está previsto en el art. 5º, *caput*, de la Constitución: "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

La igualdad ante la ley se dirige también al administrador, que no puede dejar de aplicar la ley cuando estén presentes los supuestos de hecho que determinan la incidencia de la norma, así como no puede insertar en el acto administrativo factor de diferenciación no previsto en la norma. Los elementos

del acto administrativo (sujeto, objeto, motivo, forma y finalidad) regulados en la norma deben permanecer intactos en la aplicación al caso concreto.

Hay, por lo tanto, un deber de no discriminación en la aplicación de la ley, lo que, según Montilla Martos,[820] impide que la Administración interprete la norma de manera distinta en casos sustancialmente iguales*. In paribus causis, paria jura*.

De la igualdad ante la ley resulta, además, que a todos está reservada la protección del orden jurídico en la misma intensidad, no admitiéndose gradaciones en la sumisión de la Administración a la ley ni espacios inmunes a la legalidad.

No es ya admisible ninguna "razón de Estado", por más importante que sea, que justifique la acción del gobernante al margen del orden jurídico, en general, y de las leyes, en especial. Tampoco se admiten espacios exentos de sujeción a la exigencia de legalidad ni espacios en que esta exigencia sea debilitada.

Por ello, es absolutamente anacrónica la teoría de las relaciones de sujeción especial, situaciones en las que "las exigencias de la legalidad y de la tipicidad se relajarían o 'debilitarían' notablemente, incluso hasta su desaparición pura y simple."[821]

Las relaciones de sujeción especial serían las relaciones trabadas con los funcionarios, presos, estudiantes y demás personas que tienen un vínculo especifico de subordinación al Estado y que, por ello, estarían sometidas a la disciplina interna de la Administración Pública, de naturaleza política, donde no incide la protección de la reserva de ley, extensible solamente para las intervenciones en las relaciones de sujeción general entre el Estado y los ciudadanos. Esta distinción entre relaciones de sujeción general, protegidas por la reserva de ley, y las relaciones de sujeción especial, en las que la autoridad de la Administración resultaría directamente de la propia relación especial de sujeción, independientemente de cualquier autorización legal, fue elaborada por Otto Mayer,[822] para quien el principio de reserva de ley exigido por la

[820] Cfr. MARTOS, José Antonio Montilla. *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*. Civitas, 1994, p. 158.
[821] ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho…, cit.*, p. 169.
[822] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo… cit.*, p. 134.

Constitución alemana para las intervenciones en la libertad y la propiedad, no se extendería a las relaciones especiales de sujeción ("*Besonderes Gewaltverhältnis*"), en las que el poder de actuación de la Administración ya estaría autorizado por la propia relación jurídica específica establecida con el particular.

La Constitución del Imperio alemán de 1871 no tenía una reserva expresa de ley para las intervenciones en la propiedad y libertad, como había sido costumbre en las cartas constitucionales de los reinos alemanes en el siglo XIX, sin embargo, se siguió aceptando la exigencia puesto que, según Otto Mayer[823] provendría de los principios del Derecho Constitucional alemán.

Como consecuencia, Otto Mayer también adoptaba la distinción formulada por Paul Laband[824] entre ley formal y ley material. El acuerdo entre el rey y las Cámaras para la promulgación de las leyes exigido por el art. 62 de la Constitución de Prúsia de 1850 solo se aplicaba, según Laband, cuando la ley dispusiera sobre una regla de derecho (*Rechtssatz*), es decir, una regulación externa, de la conducta ajena, una "norma para regular o resolver relaciones jurídicas."

Basado en este concepto de regla de derecho, las normas de organización del Estado no tendrían carácter material de ley. Pero, para justificar que estas normas interfirieran en la libertad o propiedad de aquellas personas que participaban en las relaciones internas del Estado, Otto Mayer elaboró el concepto de relaciones de sujeción especial, en las que la regla de derecho que autoriza la intervención sería la ley que regula el vínculo entre las partes y que concede a la Administración una posición de superioridad ante el particular que le autorizaría a dictar, por actos administrativos, actos de intervención en el patrimonio jurídico de estos particulares que se encuentran sometidos a su disciplina interna.

Según Ernst-Wolfgang Böckenförde,[825] a partir de la Constitución de 1949, ya no se admite en Alemania la distinción, puesto que todos, indistintamente, están bajo la protección de los derechos fundamentales

[823] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo…, cit*., p. 99.
[824] LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*..., *cit.*, p. 21.
[825] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Nomos Verlagsgesellschaft*. Baden-Baden, 1993; versión em español, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos, 1993, p. 100.

asegurados en la Constitución, que “vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable” (art. 1.3). Es lo que ha decidido el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia del 14 de marzo de 1972 (*BVerfGE 33, 1*).

Esta vinculación directa y aplicación inmediata e irrestricta de los derechos fundamentales es una característica no solo de la Constitución alemana sino de las Constituciones normativas promulgadas tras la Segunda Guerra Mundial. La Constitución brasileña sigue la tendencia constitucional de las democracias occidentales en el periodo de postguerra, garantizando a todos los brasileños y extranjeros residentes en el país los derechos fundamentales a la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad (art. 5º), derechos estos que son de aplicación inmediata, luego su eficacia no depende de reglamentación posterior (art. 5º, § 1º).[826]

La Constitución, por lo tanto, además de determinar la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, dispone que estos derechos son universales (“garantizando a todos los brasileños y extranjeros residentes”), siendo inconstitucional cualquier tentativa de coartar la protección constitucional a cualquier grupo o categoría. Sean los ciudadanos en general o aquellos que tienen una relación jurídica específica con la Administración, a todos les está garantizada la protección del ordenamiento jurídico, incluso respecto a la exigencia de legalidad (“nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley”).

Desgraciadamente, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal todavía insiste en la utilización de la teoría de las relaciones de sujeción especial para justificar la degradación del principio de legalidad en algunas relaciones jurídicas específicas celebradas por el Estado. Así que, por ejemplo, la corte constitucional le admite al Estado un poder normativo más amplio para regular los servicios públicos delegados bajo la justificación de que el propio contrato de concesión sería fundamento jurídico suficiente para la validez de este poder reglamentario, que no necesitaría, por ende, buscar su fundamento directamente en una ley.

---

[826] Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2018, pp. 67 y 216.

Se transcribe a continuación el extracto del voto proferido en la *ADI n. 4874/DF* por la Ministra Rosa Weber:

> "*Nesses casos, a atividade regulatória incide sobre o que os administrativistas chamam de relação de sujeição especial, na qual, mediante a celebração de um contrato de concessão, o administrado assente formalmente com um grau mais intenso de ingerência do Estado, que é o titular da atividade que ele pretende explorar. Nessa modalidade de vínculo administrativo, o contrato de concessão emerge como justo título a autorizar menor rigidez na incidência do princípio da legalidade estrita, legitimando, consequentemente, a maior discricionariedade da Administração na elaboração das regras de regência da relação jurídica*."

El contrato de concesión de servicio público, sin embargo, no es fundamento suficiente para la acción administrativa más allá de las cláusulas contractuales acordadas. Dónde el contrato de concesión no dispone, solo una norma proveniente de una fuente legítima puede obligar al particular.

7.6. La función administrativa

La Constitución de 1988 ha prestado una gran atención al régimen jurídico de la función administrativa, concediéndole un capítulo propio en el título dedicado a la organización del Estado (Título III). De manera correcta, la materia no ha sido insertada en el título IV, que trata de la organización de los poderes del Estado, puesto que la función administrativa es ejercida conjuntamente por todos los poderes, de manera típica por el Poder Ejecutivo, o atípica, por medio de la administración de los bienes y servicios propios de los Poderes Legislativo y Judicial, lo que está implícitamente admitido en el dispositivo constitucional, que dispone sobre las reglas de la "*administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*".

En el art. 37 se plantean los fundamentos de la actividad administrativa, que obedecerá, entre otros, al principio de legalidad.

El sentido de esta obediencia se extrae de la conjugación del art. 37 con los demás artículos de la Constitución. Según el art. 48, IX, X y XI, y art. 61, §

1º, II, la creación de órganos, entidades y de cargos y funciones públicas es atribución privativa de la ley. Ya según el art. 5º, II, nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley. Por último, según el art. 5º, LIV, nadie será privado de libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal. Conjugándose estos artículos con el art. 37 de la Constitución, se puede extraer que: a) la creación de un órgano o entidad administrativa depende de la ley; b) la Administración Pública solo tiene las competencias que le han sido adjudicadas por la ley, por lo que depende de una autorización legal para actuar; c) la Administración Pública se somete por completo al Derecho, solo estándole permitido actuar según la forma prevista en el orden jurídico; d) la Administración solo puede intervenir en el patrimonio jurídico de los particulares cuando esté autorizada por una ley.

La sumisión de la Administración Pública al Derecho, que impone que su acción solo sea legítima en la medida en que observe el contenido y la forma previstos en el orden jurídico, está proclamada luego en el primer artículo de la Constitución, que dispone que la *República Federativa do Brasil* se constituye en Estado Democrático de Derecho.

La fórmula del Estado de Derecho, erigida como principio en diversos ordenamientos jurídicos nacionales (p. ej., la Constitución de España de 1978; o la Constitución portuguesa de 1976) e internacionales (p. ej., la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en el año de 2000; o la Declaración del Cairo, aprobada en la cumbre África-Europa del mismo año),[827] puede ser descompuesta en diversos principios estructurantes del orden jurídico, que están sujetos a variaciones gracias a las vicisitudes de cada país, pero, en líneas generales, como destaca Danilo Zolo,[828] importa la separación entre las instituciones legislativas y administrativas y, además, la primacía de las primeras sobre la segundas.

Desde el punto de vista ontológico, ya ha sido dicho, la legislación siempre precede y se sobrepone a la administración, puesto que la deliberación es el procedimiento previo que determina la acción. El reconocimiento de la primacía de los poderes legislativos sobre los órganos administrativos conduce, además, no solo a que la legislación precede y determina la acción

[827] Cfr. ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica..., cit.*, p. 3.
[828] ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do..., cit.*, p. 46.

administrativa, sino que no puede haber acción administrativa sin la previa autorización legislativa.

En este sentido, no basta con atender la finalidad para la cual el Estado ha sido creado, es necesario, además, que esta finalidad sea obtenida por los medios previstos por aquellos que detentan el poder legislativo. El poder político que tiene la Administración Pública solo es legítimamente ejercido cuando se sirve del debido proceso legal. El art. 5º, LIV, de la Constitución ha elevado esta garantía a derecho fundamental de los ciudadanos: nadie podrá ser privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal.

El debido proceso legal está íntimamente relacionado con la garantía del contradictorio y de la amplia defensa en los procesos punitivos o restrictivos de derechos, lo que es fácilmente identificado en el documento que es a menudo considerado el origen remoto de la amplia defensa y del contradictorio, la Magna Carta inglesa de 1215, que garantiza que "ningún hombre libre podrá ser preso ni llevado a la cárcel ni desposeído de su feudo, de sus libertades o de sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni molestado de ningún otro modo, salvo en virtud de sentencia legítima de sus pares o de las leyes del territorio." Sin embargo, en el Estado de Derecho contemporáneo se extrae del principio una garantía de más amplio alcance: las potestades del Estado solo pueden ser legítimamente ejercidas en caso de que observen el procedimiento previsto en la ley, con el respeto a las garantías y derechos concedidos a los particulares. Se trata, de esta forma, del principio de interdicción de la arbitrariedad en la acción de los Poderes Públicos, expresamente reconocido en el art. 9.3 de la Constitución de España.

A pesar de no estar previsto expresamente en la Constitución brasileña, la interdicción de la arbitrariedad en la acción de la Administración resulta directamente del concepto de Estado de Derecho y ha sido reconocido por el *Supremo Tribunal Federal* como principio fundamental del Estado (véase la *ADI n. 6333/PE*). De este aspecto del debido proceso legal, de interdicción de la arbitrariedad, resulta que la Administración Pública debe siempre actuar según procedimientos previamente establecidos y que estén dotados de algunas garantías fundamentales para los ciudadanos.

Por más que se quiera e independientemente de cuanto se considere necesario dotarla de medios rápidos y eficaces para ejercer sus actividades, la

Administración es siempre actividad secundaria, ejercida *infra legem*, es decir, bajo la deliberación y autorización del poder legislativo. Esto se deriva de la propia naturaleza de la función de la Administración, que no es el titular del interés que tiene que proteger. Por ello, las potestades que le son concedidas se justifican en la medida en que sean necesarias para satisfacer las necesidades concretas de la colectividad, según los medios y finalidades determinados por la propia colectividad. De esta manera, la acción de la Administración debe resultar siempre de la voluntad de la colectividad, sea aquella expresada en la Constitución, sea la expresada por las fuentes normativas primarias reconocidas por la Constitución.

De la sumisión de la Administración Pública al Derecho resulta, asimismo, la imposibilidad de derogación singular de los reglamentos. Pese a que en el Derecho brasileño no exista una regla similar a la prevista en España (artículo 37 de la Ley 39/2015[829] que dispone que "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general") la prohibición es una consecuencia directa e inexorable de la sumisión de los poderes del Estado al Derecho. Por el principio de juridicidad, todas las normas válidas del orden jurídico vinculan a la Administración, incluso las normas dictadas por la propia Administración.

Como bien observa Agustín Gordillo,[830] no se puede admitir "que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos". Al igual que las leyes, la generalidad no es un atributo esencial de los reglamentos. La Administración es libre para dictar reglamentos con contenidos singulares, pero no puede singularmente incumplir una disposición general prevista en un reglamento, lo que equivaldría a admitir que la Administración pudiera determinar casuísticamente cuales reglamentos iba a cumplir en el caso concreto. En este caso, la Administración no estaría produciendo una norma sobre la materia, sino

[829] "Artículo 37.
1. Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general."
[830] GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo I.* Fundación de derecho administrativo, 2017, p. VII-21.

actuando contra una norma reglamentaria vigente, lo que caracteriza una evidente ilicitud. Es lo que ha enseñado Eduardo García de Enterría:[831]

> "(…) 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 extravase, mucho más la franca contradicción, implica una ilegalidad notoria."

7.7. La reserva de administración

Compete ordinariamente al Parlamento (art. 44, de la Constitución) y, excepcionalmente al jefe del Poder Ejecutivo, mediante la aprobación previa o posterior del Parlamento (arts. 62 y 68 de la Constitución), la prerrogativa de dictar las normas que adjudican poderes para la acción de los órganos administrativos.

La Constitución no impone ningún límite a la profundidad o amplitud de la regulación legislativa, que puede limitarse a uno o algunos aspectos del tema o puede regularlo por completo, no dejando ningún margen de discrecionalidad para la Administración en la ejecución de la norma. Puede, además, el legislador dictar leyes con contenidos concretos, las llamadas leyes-medida.

Las leyes-medida son una medida concreta adoptada por el legislador, para solucionar un problema concreto y específico, que se agota con su efectiva

[831] DE ENTERRÍA, Eduardo García. *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos.* Revista de administración pública, n. 27, 1958, p. 84.

aplicación al caso para el cual ha sido dictada. Son, por lo tanto, actos concretos al igual que los actos administrativos.

El poder político del Estado es ejercido por adjudicación de la colectividad, por lo que el poder legislativo, medio de expresión de la voluntad de esta colectividad, puede no solo adoptar medidas de efectos generales y abstractos sino también medidas particulares y de efectos concretos. Sin embargo, el poder legislativo es un poder constituido y, por ello, está sometido a las limitaciones que le impone la Constitución, en especial, el principio de la igualdad, previsto en el art. 3º, IV,[832] y art. 5º, de la Constitución, corolario del régimen republicano de gobierno, y que impone al Estado la obligación de perseguir siempre el bienestar de todos, sin discriminación de ninguna naturaleza.

La Constitución brasileña no impone limitación explícita a las leyes-medida, como las Constituciones portuguesa[833] y alemana,[834] que impiden la restricción de derechos fundamentales por leyes particulares de efectos concretos, pero, el principio de la igualdad impide que se limiten los derechos y garantías fundamentales de una o algunas personas individualmente consideradas. La protección de que gozan las personas en virtud de su igual dignidad resultante de la simple condición humana exige que el estatuto de los derechos y garantías fundamentales sea universal, extensible indistintamente a todos aquellos que se encuentren en la situación objeto de protección por el orden jurídico (madre, niño, ciudadano, etc.). Así pues, también en el orden jurídico brasileño es inconstitucional cualquier medida de restricción singular de

---

832 "*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
[...]
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

833 "*Artigo 18 (Força jurídica)*
[...]
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."

834 "Artículo 19
[Restricción de los derechos fundamentales]
(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente."

los derechos fundamentales, sea esta medida adoptada por la Administración Pública, sea por el poder legislativo.

Otro límite que se impone al poder legislativo para dictar leyes de efectos concretos es la observancia de las competencias reconocidas a los órganos administrativos. Así que, por ejemplo, no puede el poder legislativo ejecutar el presupuesto público, actividad que la Constitución ha adjudicado a la Administración Pública (art. 165, § 10º).[835] Tampoco podría el poder legislativo dictar una norma nombrando ministros o provisionando cargos públicos vacantes en el Poder Ejecutivo federal, actos que son de competencia privativa del Presidente de la República, jefe del Poder Ejecutivo (art. 84, XXV).[836]

Pero, además de las competencias previstas en la Constitución, el poder legislativo debe respetar las competencias previstas en las propias leyes, no estándole permitido ejecutar un acto concreto cuya competencia sea legalmente atribuida al Poder Ejecutivo. El legislador puede alterar las competencias administrativas establecidas por leyes anteriores, pero no puede singularmente dictar una ley cuyo contenido sea la aplicación concreta de una competencia administrativa prevista en la ley.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ha reconocido sistemáticamente la existencia de una reserva de administración como corolario directo del principio de la separación de los poderes previsto en el art. 2º de la Constitución. Es lo que quedó decidido en la *ADI n. 1.706/DF*, en la que se consideró que la declaración del interés cultural o histórico de un bien (llamada de *tombamento* en el derecho brasileño) es de competencia del Poder Ejecutivo, so pena de violación del principio de la separación de los poderes previsto en el art. 2º de la Constitución. Aunque el Tribunal no tenga desarrollada la motivación, precisando de forma más detenida sus fundamentos, no ha basado la prohibición en ninguna competencia específicamente atribuida al Poder Ejecutivo, sino en la naturaleza misma de la función administrativa, lo que permite interpretar – ya

---

835 "*Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*
[...]
§ 10. A administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade."

836 "*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;
[...]
XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;"

que no está expreso en la decisión – que la corte suprema reconoció en este fallo un principio general de reserva de administración.

Algunos años antes, el Supremo Tribunal Federal ya había reconocido la existencia de un "*postulado constitucional da reserva de Administração*" (*ADI n. 2364-1/AL*). En análisis a una ley que dejaba sin efectos un acto administrativo del jefe del Poder Ejecutivo que había anulado otros actos administrativos anteriormente practicados, se consideró que el poder legislativo no se cualifica legítimamente como instancia de revisión de los actos de la Administración Pública. En la motivación de la decisión, la corte suprema, sirviéndose de la doctrina de Canotilho, reconoció la existencia de una reserva constitucional de administración, que

> "*constitui limite material à intervenção normativa do Poder Legislativo, pois, enquanto princípio fundado na separação orgânica e na especialização funcional das instituições do Estado, caracteriza-se pela identificação, no sistema constitucional, de um núcleo funcional (…) reservado à administração contra as ingerências do parlamento", por envolver matérias que, diretamente atribuídas à instância executiva de poder, revelam-se insuscetíveis de deliberações concretas por parte do Legislativo*".

Los fundamentos de la decisión de la *ADI n. 2364-1/AL* han sido posteriormente ratificados en los *ED em RE n. 427.574.*

En la *ADI n. 3.343/DF*, el Supremo Tribunal Federal reconoció que la política de tarifas públicas para cobrarse a los usuarios de los servicios públicos es materia sometida a la reserva de la administración, por lo que la promulgación de una ley que determine la prohibición del cobro de una tasa por el uso de los servicios públicos sería inconstitucional por no respetar el principio de la separación de poderes.

En la *ADI n. 5501 – MC*, el tribunal decidió que violaba la reserva de la administración, que sale del principio de la separación de poderes prevista en los arts. 2º y 60, § 4º, III, de la Constitución, ley que había autorizado la comercialización de un fármaco para el tratamiento del cáncer sin la exigencia de cumplir los requisitos legales de ensayos clínicos y registro en el órgano de regulación y fiscalización sanitaria. En la hipótesis, la ley habría sustituido el

juicio esencialmente técnico del órgano de la policía administrativa por el juicio político del Poder Legislativo, interfiriendo indebidamente en un procedimiento típicamente administrativo. Según el ministro relator, Marco Aurélio de Mello, el principio de la separación de poderes supone la existencia de una esfera de acción reservada a cada poder, admitiéndose solamente la injerencia de un poder en las atribuciones propias de otro cuando la propia Constitución la ha autorizado expresamente. De esta manera, la Constitución ha atribuido al Poder Ejecutivo un dominio de funciones típicamente administrativas, que deben ser ejercidas con exclusividad, sin margen de interferencia legislativa o judicial.

La corte constitucional también ha extendido la reserva de administración al juicio respecto al mérito de las preguntas de exámenes de oposición, de competencia privativa del tribunal de selección (*RE n. 632.853*) y para diversos otros ámbitos de actuación del Poder Ejecutivo (véase *ADI n. 820/RS; ADI n. 3.252 – MC; ADI n. 969-9/DF*).

En la delimitación del espacio propio de actuación del Poder Ejecutivo, protegido contra intervenciones de los demás poderes, hay que distinguir dos situaciones: la primera, la competencia que ha sido expresamente adjudicada a los órganos del Poder Ejecutivo como, por ejemplo, la competencia del Presidente de la República para decretar el *Estado de Defesa* (art. 84, IX, de la Constitución) o la competencia de la *Policía Civil* para la investigación de las infracciones de naturaleza penal (art. 144, § 4º de la Constitución). No puede ninguna ley inmiscuirse en estas competencias, so pena de violación del reparto de competencias definida en la Constitución.

Las materias reservas a la Administración por la respectiva distribución constitucional de competencias, sin embargo, no se trata, en esencia, de un principio propio de “reserva de administración”, sino más bien de la propia preservación de las competencias de cada órgano o autoridad del Estado. Pero, sin embargo, sí que es posible hablar, aunque de forma indirecta, de una limitación a la actividad del legislador, que no podría invadir los espacios que la Constitución otorgó a la Administración Pública.

Situación distinta y, además, mucho más compleja, es la definición de un concepto propio de función administrativa, al igual que se reconoce en la función jurisdiccional. Mientras la función jurisdiccional ejerce una actividad muy bien delimitada, de solución de conflictos de intereses, mediante la definición del

derecho aplicable en el caso concreto, la actividad administrativa, sin embargo, en virtud de su amplitud y diversidad, es de difícil delimitación, lo que es sencillamente observable en la incapacidad de llegar a un consenso razonable en la definición que da la doctrina a la función administrativa.

Respecto a la amplitud de la función legislativa, el art. 48 de la Constitución[837] reconoce al Congreso Nacional la prerrogativa de regular todas las materias de competencia de la *União* (Gobierno federal), lo que equivale a decir que no hay límites materiales a la actuación legislativa del Parlamento.[838]

Como se ha dicho anteriormente, aunque no haya un límite horizontal a la actuación legislativa, que podría alcanzar cualquier materia, habría un límite vertical, de profundidad, que impediría que el poder legislativo aplicara la ley en el caso concreto. El poder legislativo puede alterar una competencia administrativa, pero no puede individualmente dictar una ley cuyo contenido sea la aplicación concreta de una competencia administrativa prevista en la ley, tampoco podría revocar o anular los actos practicados por la Administración, so pena de usurpación de la función administrativa, privativa del Poder Ejecutivo y que solo excepcionalmente, en las hipótesis expresamente previstas en la Constitución, podría ser ejercida por los demás poderes del Estado.

Este límite es acogido por el Supremo Tribunal Federal, que ya se manifestó por la imposibilidad del Poder Legislativo de invadir el espacio propio de la competencia administrativa del Poder Ejecutivo, negando al Poder Legislativo, por ejemplo, actuar en la revisión de la validez de los actos administrativos, lo que cabría al Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, o al propio Poder Ejecutivo, en el ejercicio de su poder de autotutela.[840]

---

[837] "*Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:"*

[838] Cfr. CYRINO, André. *Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas*. RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 30, 2016, p. 118.

[840] *"O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do poder Executivo. E que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do poder Executivo. precedentes.*
Não cabe, ao Poder Legislativo, sob pena de desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo poder Executivo no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais.
Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primaria da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar

7.8. El principio de legalidad

7.8.1. La sumisión de la Administración al Derecho (art. 37)

La Constitución de 1988 dedica un capítulo entero a establecer una disciplina general de la función administrativa del Estado, independientemente del Poder y de la entidad política que la ejerce.

El art. 37 de la Constitución dispone sobre los principios que fundamentan el ejercicio de esta función: legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

> "*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*"

Los principios, según la lección de Paulo Bonavides,[841] ejercen la función de fundamentacjón de la validez de las demás normas, puesto que son los valores, ideales y fines primordiales del orden jurídico, es decir, las normas específicas y las acciones concretas que se desarrollan en el ámbito de un sistema normativo concreto reciben su fundamento de validez, *ultima ratio,* de los principios generales del sistema. Ninguna norma o acto puede integrarse válidamente en el sistema si no se ajusta a sus principios.

Los principios ejercen, además, una función interpretativa. El enunciado de todas las normas del sistema debe siempre ser interpretado según los fines, valores e ideales establecidos en los principios que le dan fundamento.

La legalidad es un principio específico del Estado de Derecho o, más precisamente, es lo que la califica y le da identidad propia.[842] Junto con los principios de soberanía popular y de separación e independencia de los poderes del Estado, constituye uno de los pilares de apoyo del edificio del Estado de

---

e importa em atuação 'ultra vires' do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limítes que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. (*STF, ADI MC 776/RS*)

[841] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 283.

[842] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito..., cit.*, p. 100.

Derecho. Expresa el propio *logos* del Estado de Derecho, su fundamento (la soberanía popular), su principio ético (la libertad y dignidad humana) y su finalidad (el interés de toda la colectividad), lo que apunta a una específica forma de actuar del Estado basada en principios y procedimientos que resultan directa o indirectamente de la idea de Estado de Derecho. Como ha dicho García de Enterría:[843]

> "Estado de Derecho es, pues, para la Constitución, bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo."

La propia Constitución señala varios principios y reglas que deben ser observados por el Estado y que son, desde luego, derivaciones de la idea de Estado de Derecho.

Del fundamento y de la finalidad del Estado de Derecho resulta que la Administración debe tratar a todos de manera igualitaria, siendo vedada cualquier forma de discriminación o privilegio (art. 5º, *caput*, e inciso I), entre ellas el trato desigual entre los contribuyentes que se encuentran en una situación equivalente (art. 150, II), entre los participantes de las licitaciones públicas (art. 37, XXI), o la desigualdad de condiciones para el acceso y disfrute de los servicios de salud (art. 196) y educación (art. 206, I). Asimismo, la acción del Estado debe ser pública y transparente (art. 37), de conocimiento de todos, solo estándole permitido a la ley restringir la publicación de los actos estatales cuando la defensa de la intimidad o del interés social lo exija (art. 5º, LX), siendo a todos garantizado el derecho a recibir de los organismos públicos información de su interés privado o de interés colectivo o general, con excepción de la información cuyo secreto sea esencial para la seguridad de la sociedad y del Estado (art. 5º, XXXIII). También resulta del Estado de Derecho que todos tienen el derecho a recurrir al poder judicial para la defensa de sus derechos (art. 5º, XXXV), siendo garantizado a todos el derecho de ser juzgados por un tribunal o juez previamente determinado por la ley (art. 5º, XXXVII y LIII), según el procedimiento también definido previamente por otra ley (art. 5º, LIV), en que

[843] ENTERRÍA, Eduardo García de. *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*. Revista española de derecho constitucional, n. 10, p. 11-61, 1984, p. 22.

sea garantizado a las partes en litigio el derecho al desacuerdo y a la amplia defensa, con los medios y recursos que le son inherentes (art. 5º, LV). No habrá, además, ningún acto del Estado que perjudique derechos ya adquiridos, actos jurídicos perfectos o decisiones judiciales firmes (art. 5º, XXXVI).

Ninguna actuación del Estado será inmune al control. Además de los diversos mecanismos de control político recíproco entre los poderes del Estado, como, por ejemplo, el poder del Presidente de la República de vetar las leyes de iniciativa del Parlamento (art. 66, § 1º), o el Poder del Congreso Nacional de anular los actos del Presidente de la República que sobrepasen su poder reglamentario o de los límites de la delegación legislativa (art. 49, V), la Administración Pública se somete al control judicial (art. 5º, XXXV), que incide sobre todos los actos de cualquiera de los poderes del Estado.

Es corolario del Estado de Derecho que la acción de los poderes políticos debe ser ejercida según la forma prevista por el Derecho.[844] No hay poderes políticos que puedan ser legítimamente ejercidos al margen o inmunes al Derecho.

No hay en el texto de la Constitución brasileña ninguna norma similar al art. 20.3 de la Constitución de Alemania,[845] o al art. 97 de la Constitución española,[846] que determinan que la actividad administrativa será ejercida de acuerdo con la ley y el Derecho o de acuerdo con la Constitución y las leyes.[847] Sin embargo, la sumisión de la Administración al Derecho en general y a las leyes en especial resulta directa e inexorablemente de la propia idea de Estado de Derecho y del principio de legalidad, expresamente proclamado como

---

[844] Cfr. FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Princípio da legalidade... cit.*, p. 8.

[845] "Artículo 20
[Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]
[...]
(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho."

[846] "Artículo 97.
TÍTULO IV
Del Gobierno y de la Administración
El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes."

[847] Existe la previsión en la legislación ordinaria, a ejemplo de la Ley de procedimiento administrativo federal, que determina que, en los procedimientos administrativos, la Administración deberá actuar "conforme a la ley y al derecho (art. 2º, párrafo único, I).

principio fundamental de la Administración Pública por fuerza del art. 37 de la Constitución.

Toda esta conformación del Estado, que le "califica y le da identidad propia" está contenida en la idea de "principio de legalidad" prevista en el art. 37 de la Constitución, que, más que una vinculación de la Administración a la ley, determina la vinculación a los valores y principios que rigen el orden jurídico.

El art. 37 nada dispone sobre la jerarquía y distribución de competencia de las normas jurídicas que rigen la acción de la Administración. Cuando se dice que la legalidad es un principio de la Administración Pública no se delimita ninguna competencia legislativa, tampoco se determina el grado de las normas que regulan los diversos aspectos de la acción administrativa. El principio de legalidad previsto en el art. 37 no se confunde con ninguna reserva (general o específica) de la ley. Sin embargo, resulta de la propia definición de Estado Democrático de Derecho la exigencia de que el poder legislativo pertenece ordinariamente al Parlamento, órgano del Estado representativo de toda la colectividad.

Por ello, como regla, la regulación de los actos administrativos compete a la ley dictada por el Parlamento, que ejerce la función legislativa del Estado, ya que es el órgano estatal donde está – dentro de lo posible – representada la totalidad de la población, cuyo proceso decisional es público y abierto a la participación, directa o indirecta, de todos. Por lo tanto, cuando se dice que la acción de la Administración Pública debe atender al principio de legalidad, se dice que debe estar prevista, en regla, en una ley dictada por el Parlamento. Esta es la regla proclamada en el art. 44 de la Constitución, que ha atribuido al Parlamento la función primaria de legislar. Como consecuencia, cabe *ordinariamente* al Parlamento adjudicar poderes a los órganos del Estado, que solo pueden actuar cuando y de la forma autorizada previamente por el Parlamento. Esta es la regla general.

Pero, la determinación de la fuente formal de donde proviene la disciplina de la Administración depende de las normas de competencia previstas en la Constitución, que pueden ocasionalmente tratar como excepción una materia de la competencia de la ley parlamentaria o hasta incluso admitir una regulación independiente por una norma de rango infralegal. La Constitución brasileña de 1988, sin embargo, ha sido muy restrictiva en la distribución de la competencia

para dictar normas primarias, admitiéndolas solamente a las normas de rango legal previstas en el art. 59, además de los regimientos internos de la *Câmara dos Deputados* (art. 51, III), del *Senado* (art. 52, XII) y de los tribunales (art. 96, I, a); los decretos autónomos del Presidente de la República y las normas de organización de los servicios educacionales de las Universidades, resultante de la autonomía didáctico-científica que les es reconocida por la Constitución (art. 207) así como los acuerdos internacionales de los que el Estado brasileño sea signatario y que han sido refrendados por el Congreso Nacional (art. 49, I).

7.8.2. La vinculación de la Administración Pública a la ley (art. 5º, II)

El art. 5º, II, de la Constitución determina que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley. La expresión utilizada, que es una copia casi literal del art. 6º de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se ha vuelto anacrónica. En la Francia Revolucionaria, y en la mayoría de los Estados europeos del primer constitucionalismo iniciado a finales del siglo XVII, se impuso un sistema en el que la ley era la única fuente formal de derechos y obligaciones. [848] Por ello, nadie sería obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de una ley.

Sin embargo, en los Estados que se forman desde el segundo constitucionalismo, iniciado en el siglo XX, el orden jurídico, a pesar de reconocer a la ley la primacía en la regulación de las relaciones sociales, admite que normas provenientes de otras fuentes dispongan primariamente sobre derechos y obligaciones de la colectividad. De esta manera, la expresión “en virtud de ley” debe ser reinterpretada según la pluralidad de fuentes del Derecho admitidas en el orden jurídico: nadie será obligado a hacer o dejar de hacer sino en virtud de una ley o de una norma proveniente de otra fuente legítima de imposición de derechos y obligaciones prevista en la Constitución.

En ausencia de la determinación de la fuente legítima para disponer sobre la materia, cabe a la ley parlamentaria la regulación, puesto que el art. 44 de la Constitución ha atribuido al Parlamento la función primaria de legislar, que

[848] Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. *Comentários à Constituição…, cit.*, p. 243.

solo será excepcionada en las hipótesis expresamente previstas en la Constitución. Por ello, aunque el principio de legalidad no se refiera necesariamente a una ley, su nombre sigue siendo adecuado, puesto que, como regla, el poder legislativo se ejerce a través de la ley.

La regla del art. 5º, II, determina, por lo tanto, que le está prohibido a la Administración imponer cualquier obligación al particular que no esté prevista en una ley (como regla general) u otra fuente legítima para disponer sobre normas primarias.

De esta manera, contrariamente al art. 37, que no dispone sobre la especie normativa que debe regular la acción de la Administración, cuando el art. 5º, II, de la Constitución dispone que nadie será obligado a hacer algo sino en virtud de una ley, al término "ley" se le atribuye un significado muy preciso, de norma jurídica primaria enumerada en el art. 59 de la Constitución.[849] Esta regla solo es excepcionada por la Constitución en las hipótesis de actos de organización interna de los poderes; actos de organización de los servicios educacionales de las Universidades; y por los Decretos presidenciales que promulgan los tratados internacionales celebrados por el país y aprobados por el Congreso Nacional.[850]

No cabe, por ello, hablar de una mutación del principio de legalidad para un principio de juridicidad, que determinaría la vinculación de la Administración al orden jurídico en general, sin ninguna especificación de la fuente legítima para la regulación de la actividad administrativa. Lo que se define por principio de

---

[849] Por lo tanto, no estamos de acuerdo, a este respecto, con Gilmar Ferreira Mendes (CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. *Comentários à Constituição…, cit.*, p. 243), que interpreta la disposición del art. 5º, II, de la Constitución como una exigencia de obediencia al ordenamiento jurídico como un todo, sin la imposición de ninguna reserva de regulación por ley. En sus palabras: "*Quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", por "lei" pode-se entender o conjunto do ordenamento jurídico (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (Rechtsgesetze). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda atividade estatal e privada à força normativa da Constituição.*"

[850] La Constitución de Brasil solo dispone sobre la competencia del Presidente de la República para la celebración de tratados internacionales (art. 84, VIII) y del Congreso Nacional para aprobar los tratados celebrados por el Presidente. Herencia de la tradición del Derecho lusitano, los tratados celebrados por el Estado siguen el mismo proceso de elaboración de los actos normativos, por ello, la existencia del tratado en el orden jurídico se produce con su promulgación a través de un Decreto del Presidente de la República.

juridicidad es uno de los fundamentos del Estado de Derecho, es decir, la total sumisión de los poderes del Estado al Derecho. El principio de legalidad proclamado en el art. 5º, II, de la Constitución impone una disciplina específica a la Administración Pública, que le vincula a una específica sujeción a determinadas fuentes formales de producción de normas jurídicas.

El principio de legalidad expresa un principio ético de los regímenes jurídicos democráticos en los que la libertad y la dignidad humana son fundamentos de la organización social, y que imponen un límite inmanente a la acción del Estado: el Estado solo detenta los poderes de dominio que la colectividad le ha adjudicado. Por lo tanto, cualquier intervención unilateral e imperativa del Estado en la esfera de la libertad privada tiene que ser previamente autorizada por la colectividad, a través de los cauces (fuentes) previstos en la Constitución.

De esta manera, el art. 5º, II, es la formulación jurídica del principio fundamental de libertad que rige la constitución de los Estados democráticos contemporáneos: el poder político está constituido libremente por los miembros de la comunidad, que definen las finalidades y los medios de los que dispondrá el gobierno para alcanzar sus fines, por lo que cualquier poder de dominio del Estado solo puede ser legítimamente ejercido en base a una norma jurídica positiva emanada del órgano que tiene el poder legislativo o, en términos más precisos, cualquier entidad, órgano, cargo o función pública que no haya sido creado por la Constitución solo puede ser creado por la ley, lo que está dispuesto en el art. 37, XIX; art. 48, IX, XI; art. 61, § 1º, II; art. 88; art. 96, II; respecto a la creación de órganos y entidades públicos; y en el art. 48, X; respecto a la creación de cargos y funciones públicas.

De hecho, no son solamente las competencias de los órganos administrativos que dependen de previsión en la ley o la Constitución, sino que cualquier función pública, aunque la ejerza un particular por delegación de la autoridad pública, debe emanar siempre directamente de la Constitución o de una norma con fuerza de ley, como muy bien decidió el Supremo Tribunal Federal en la *ADI n. 2415/SP*, respecto a la función de los notarios, ejercida por

particulares por delegación del Estado, conforme a lo previsto en el art. 236 de la Constitución.[852]

> "*As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal, segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*"

Por lo tanto, la Administración no es libre de hacer todo aquello que no esté previsto en ley. Al contrario de los regímenes políticos del siglo XIX establecidos con base en el principio monárquico, en los Estados Constitucionales de Derecho contemporáneo, la ley (o, más bien, las fuentes normativas productoras de normas primarias) no es un límite a la acción del Estado, sino su propio fundamento de legitimidad.

No está exigido, sin embargo, una identidad entre la ley y el acto administrativo, lo que significaría negar a la Administración cualquier poder discrecional en su actuación. Al revés, la propia naturaleza de la actividad administrativa requiere que la ley le reconozca un margen de evaluación de las medidas que mejor atienden al interés público en las circunstancias concretas. La tipicidad es una característica propia de ramas muy específicos del Derecho, como el Derecho Penal y el Derecho Tributario, que, debido a los valores en juego y a la naturaleza de las medidas adoptadas por el Estado, exigen una mayor protección al particular.

No hay la imposición de una reserva absoluta de ley, que impediría la colaboración de normas y actos infralegales. Es posible que algunos elementos de la obligación resulten de actos infralegales o de la propia discrecionalidad de

---

[852] "*Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*."

la Administración en tanto que los aspectos fundamentales de la obligación estén previstos en la ley, que debe disponer sobre los elementos lingüísticos que permitan extraer de sus preceptos la formulación de un predicado atribuido a un sujeto o, más precisamente, del texto de la ley debe ser posible identificar un verbo – una acción de la Administración – que recae sobre un objeto identificado (el objeto directo) y está direccionada hacia alguien (el objeto indirecto). Este es el parámetro mínimo de regulación legal exigido por la regla del art. 5º, II, de la Constitución.

No se impone que la ley sea la única norma que innove en el orden jurídico – todas las normas, en general, innovan –, tampoco que sea la única que innove primariamente, sino que sea la única capaz de adjudicar una potestad al Estado para intervenir en la libertad individual. La ley debe atribuir a la Administración un poder concreto y determinado de coerción o, en términos lingüísticos, la norma debe atribuir un predicado (capacidad de acción) a un sujeto (la Administración). En la norma de atribución de competencia debe estar identificada una potestad de acción específica de la Administración Pública que recae sobre un objeto identificado (el objeto directo) y está direccionada hacia alguien (el objeto indirecto). Además de estos elementos, que deben siempre estar previstos en una norma proveniente de una fuente legítima, según lo determinado por las normas sobre la producción jurídica, el orden jurídico puede imponer adicionalmente que otros aspectos de la materia estén reservados a la ley. De esta manera, las reservas de ley son un *plus* al principio de legalidad, no confundiéndose con él. Tampoco es admisible la idea de que en las materias dónde no hay una reserva específica de ley la Administración actuaría por fuerza propia, independiente de la ley. No se debe confundir el principio de legalidad, previsto en el art. 5º, II, de la Constitución, con las reservas de ley previstas a lo largo de la Constitución, a ejemplo de la reserva para regulación del derecho al ejercicio de cultos religiosos (art. 5º, VI) o para la determinación de las hipótesis en las que está permitida la expropiación de propiedades privadas por razones de utilidad pública (art. 5º, XXIV). El principio de legalidad es la regla general de que la Administración solo tiene las potestades que le han sido adjudicadas por la ley o por normas provenientes de las fuentes consideradas legítimas por la Constitución.

El principio de legalidad, gracias a su naturaleza, no se limita a imponer una vinculación simplemente negativa o positiva a la ley. Esta es una dualidad que está basada en el sistema francés de la Revolución de 1789 y el sistema alemán de la Restauración monárquica, pero que no se plantea bajo los supuestos de los Estados de Derecho contemporáneos.

La ley no es la fuente exclusiva de derechos y obligaciones, como en la Francia revolucionaria, tampoco es mero límite a la acción del Poder Ejecutivo, como en las monarquías alemanas del siglo XIX. Aunque la actividad administrativa no esté totalmente reglada por la ley, la competencia administrativa, sí que lo está, vedándose a la Administración el ejercicio de cualquier potestad que no esté autorizada en una ley o fuente normativa legítima para la producción de normas primarias.

De esta manera, construcciones conceptuales propias del primer constitucionalismo, como la capacidad de autodisposición de la Administración, con independencia de la ley, respecto a las relaciones de sujeción especial, se vuelven anacrónicas. El orden jurídico inaugurado por la Constitución de 1988 no hace una división entre el ámbito interno de actuación de la Administración, de libre actuación, y el ámbito externo, que afecta a terceros y, por ello, la acción de la Administración depende de la ley. Esta *summa divisio* (entre ámbito interno del Estado y espacio de la sociedad), propia de las monarquías del siglo XIX, ya no se plantea en la actualidad. No solo la legalidad es el principio fundamental que vincula a la Administración, independientemente del ámbito (interno o externo) de actuación, sino que, además, la Constitución establece varias reservas de ley para actos del ámbito interno de la Administración, como las reglas de acceso a los empleos públicos (art. 37, I), la remuneración de los funcionarios (37, X), o la creación de entidades de administrativas (art. 37, XIX y XX).

7.8.3. Las reservas específicas de ley

La Constitución impone diversas reservas específicas de ley. Siguiendo una tradición inaugurada por la Constitución alemana de 1949, la Constitución brasileña reserva a la ley la regulación privativa de diversos aspectos de los derechos fundamentales. No impone una reserva general para cualquier

restricción a estos derechos, como en la Constitución alemana, pero, dada la diversidad y multitud de reservas establecidas, parte de la misma idea de que la protección de los derechos fundamentales exige que una eventual regulación sea, en general, reservada a la ley.

Las reservas, sin embargo, no se limitan al desarrollo de los derechos fundamentales, sino que están presentes en todos los temas tratados en el texto constitucional. Analizándose más detenidamente la Constitución brasileña, se observa que la ley es definitivamente la fuente primordial a la que se le reserva el desarrollo de las decisiones fundamentales adoptadas en el pacto constitucional. Nacionalidad, derechos políticos, organización de los poderes del Estado y de la Administración Pública, Fuerzas Armadas, tributación y presupuestos, en fin, todos los temas constitucionales, están en mayor o menor medida sometidos a reservas de ley en algún(os) aspecto(s). Es la fuente ordinaria de desarrollo de la Constitución. No es la única, pero es la principal.

Las reservas específicas de la ley no se distinguen en términos substanciales de la regla de legalidad del art. 5º, II, de la Constitución. Tienen básicamente los mismos efectos. La diferencia está en que la regla general de legalidad impone que la competencia y el objeto estén previstos en la ley mientras que, en las reservas específicas, los objetos que deben ser regulados por ley son casuísticamente determinados por cada reserva.

Como hemos dicho anteriormente, el principio general de legalidad puede ser descompuesto en dos aspectos, que son distintos pero complementarios.

La legalidad, entendida como forma específica de actuar del Estado de Derecho, que requiere un patrón de actuación conformado por valores y principios que resultan de la propia idea de Estado de Derecho: la acción de la Administración debe ser pública, sujeta a control y estar legitimada en normas generales y abstractas, elaboradas con la participación de los representantes de los diversos grupos sociales y destinadas a la satisfacción de los intereses de toda la colectividad. En este sentido, la legalidad no se refiere específicamente a ninguna especie de norma, sino que la acción del Estado debe atender a estándares jurídicos.

Ya la legalidad como regla exige una adjudicación de competencia por ley, por lo que exige que el titular y el objeto de esta competencia estén previstos

en una ley o acto normativo con fuerza de ley. En este aspecto, la legalidad es no solo un principio de actuación conforme al Derecho, sino también una regla de competencia y una norma sobre la producción del Derecho que define la fuente adecuada para la regulación de esta competencia.

Las reservas de ley, a su vez, son normas sobre la producción del Derecho, que definen que la competencia y otros elementos del acto administrativo deben estar regulados en la ley.

De esta forma, la reserva de ley no debe ser comprendida de modo amplio, significando la vinculación de la Administración a cualquier norma, incluso a aquellas dictadas por la propia Administración.

Como consecuencia, ordinariamente, la reserva no impide que la ley deje a la Administración un margen de discrecionalidad para decidir sobre la mejor forma de ejercer su función. Igualmente en las hipótesis en las que la Constitución reserva una determinada materia – o algunos aspectos de ella – a la privativa regulación de la ley, permanece la prerrogativa de la Administración de desarrollar el contenido de la ley, sea por actos concretos (actos administrativos), sea por actos normativos (reglamentos), según lo previsto en el art. 84, IV,[853] lo que resulta de la propia naturaleza del proceso de realización del derecho que, en el Estado de Derecho, se inicia con una norma abstracta y termina con la producción de un acto administrativo concreto. Dada la naturaleza general y abstracta de la norma que adjudica un poder a la Administración y el acto individualizado y concreto de ejercicio de este poder, es necesario que la Administración también innove en el orden jurídico, tomando decisiones respecto a elementos no previamente determinados por la norma que le autoriza a actuar.

Según dicho anteriormente, el Derecho se organiza en niveles coordinados de creación y ejecución, en que el nivel antecedente define uno o algunos elementos objetivos del nivel subsecuente que, además de aplicar objetivamente los elementos determinados por el nivel antecedente, dispone, subjetivamente, de nuevos elementos, que se convertirán en elementos objetivos condicionantes de la acción de los actores del próximo nivel y así

853 "*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
(…)
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

sucesivamente, hasta que en el último grado, se encuentre el acto concreto, que no condicionará a ningún otro acto pero, que de la misma manera que todos los actos anteriores, actuará en la aplicación de los elementos objetivos determinados por los grados anteriores y complementará el acto con los elementos subjetivos necesarios para dotarlo de la materialidad necesaria. Es de la propia naturaleza escalonada del derecho que la aplicación de una norma sea también, en mayor o menor medida, un acto volitivo de decisión dentro del margen de indeterminación de la norma anterior. Las decisiones de la Administración, sin embargo, son secundarias, se limitan al margen de discrecionalidad que le ha sido otorgado por la ley. Cuando se dicen que son secundarias, se quiere decir que no pueden cambiar el *patrimonio jurídico* (conjunto de derechos y obligaciones) de ninguna persona, privada o pública.

En definitiva, lo que no se admite es que la Administración, en los asuntos reservados a la ley, haga algo que no esté directa e inmediatamente subordinado a dicha ley y no que la acción de la Administración sea idéntica a lo dispuesto en ella, lo que, desde luego, es imposible cuando se trata de leyes generales y abstractas, una vez que el acto administrativo está un paso más allá en el proceso de realización del Derecho y, por ello, el acto administrativo siempre innovará, en alguna medida, el enunciado de la ley.

La colaboración del reglamento en la regulación de las materias sometidas a una reserva legal, sin embargo, advierte Balaguer Callejón,[854] no permite trasladar al reglamento la regulación de la materia mediante una habilitación genérica, haciendo posible de esta manera, una habilitación en blanco independiente, que no resulte directamente de los supuestos determinados por la ley (o de la Constitución). La reserva de ley es, ante todo, una regla que resulta del principio de separación de poderes y que tiene por finalidad justamente impedir que la determinación de los criterios de actuación de la Administración en algunas materias sensibles para la ciudadanía quede al antojo de la propia Administración.

Los hechos sociales son multidimensionales, por lo que las normas jurídicas disponen siempre sobre diversos aspectos del supuesto de hecho, como, por ejemplo, el objeto, los sujetos de la relación, el espacio, el tiempo, las

[854] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la …, cit*., p. 203.

formalidades, la causa, la finalidad, las condiciones, etc. Puede que esté reservado a la ley uno o algunos de estos aspectos, no habiendo una determinación previa de cuales de ellos pueden eventualmente ser objeto de una reserva legal. No es posible, por ende, fijar una regla general para la extensión y profundidad de las reservas de ley. La disciplina de estas reservas dependerá de lo dispuesto en cada ordenación específica y en su interacción con las demás normas del sistema.

El art. 142 de la Constitución, por ejemplo, dispone que compete a la ley establecer las normas generales a ser adoptadas en la organización, preparación y empleo de las Fuerzas Armadas.[855] En este caso, de la propia definición de normas generales, se desprende que las demás normas, que no sean generales, no están sometidas a la reserva establecida en el artículo.

A veces, la Constitución establece una reserva de ley respecto a un aspecto tan específico que no deja espacio de innovación a la Administración. Es lo que pasa con el valor del salario mínimo de los trabajadores que, según lo dispuesto en el art. 7º, IV, de la Constitución[856] debe ser fijado por la ley.

Las reservas de ley, además, establecen una competencia irrenunciable al legislador. A diferencia de las reservas de ley previstas en los reinos alemanes sometidos al principio monárquico (siglo XIX), que se configuraban como una garantía para el Parlamento, que podría, por ello, transferir al rey la regulación de la materia, en los Estados Constitucionales contemporáneos, las reservas de ley son una garantía formal de la democracia pluralista, por lo que el Parlamento u órgano legislativo, al cual la competencia normativa esté reservada, no tiene disponibilidad sobre ella[857].

---

[855] "*Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*
§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas."

[856] "*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
(…)
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;"

[857] Cfr. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho… Volumen I, cit.*, p. 190.

8. CONCLUSIÓN

El Poder Ejecutivo del Estado tiene el cometido de satisfacer las necesidades materiales básicas de los ciudadanos y garantizar concretamente que los intereses de la colectividad prevalezcan sobre los múltiples intereses particulares existentes en la sociedad. Por ello, el régimen jurídico al que se somete le conferirá privilegios y prerrogativas no extensibles a los particulares, especialmente las prerrogativas de intervenir coercitivamente sobre el patrimonio y la libertad privadas (poder de imperio), sin la necesidad de previa intervención del Poder Judicial (ejecutoriedad). En contraposición a estos poderes extraordinarios, el orden jurídico impone a la Administración una vinculación especifica a la ley, diversa de aquella a que están ordinariamente sometidos los particulares.

A pesar del gran intercambio de experiencias y prácticas que se observa en la actualidad entre los diversos ordenes jurídicos estatales, no es posible trasladar el análisis de los sistemas de legalidad administrativa de un país para otro. Los límites de la vinculación de la Administración a la ley dependen de la específica ordenación de los poderes del Estado, especialmente de la distribución de competencias del Estado y de los mecanismos de frenos y contrapesos entre los poderes establecidos. Junto con la relación entre la Administración y el poder legislativo, el principio de legalidad depende, además, y principalmente, del especifico sistema de fuentes del Derecho adoptado por el orden jurídico.

Habrá países en los que la actividad legislativa estará reservada al Parlamento, como en Alemania, o que al Poder Ejecutivo le estarán reservadas algunas materias legislativas (reserva de reglamento), como en Francia. La propia potestad legislativa del Poder Ejecutivo cambiará de país a país. En algunos, se reconocerá una competencia muy reducida, tan solo para dictar reglas de urgencia, pero, en otros la competencia legislativa será más extensa. La potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo tampoco está regulada de manera uniforme. Hay países en los que el reglamento se limita a la estricta ejecución de la ley, pero hay países en los que se admiten los reglamentos independientes,

es decir, reglamentos que se dictan en ausencia de ley (salvo en los ámbitos reservados a la ley).

El debate en Brasil respecto al principio de legalidad administrativa queda encerrado entre dos modelos, el francés de la Constitución de 1791, y el de las monarquías alemanas del siglo XIX, que estaban basados en supuestos jurídico-políticos muy diversos, propios del primer constitucionalismo, e inconciliables con los regímenes políticos contemporáneos, establecidos por una Constitución normativa basada en la democracia pluralista. Pese a que algunos de los supuestos teóricos elaborados en esta época, como los principios de soberanía popular y de la separación de los poderes, siguen siendo válidos en los actuales sistemas jurídico-políticos, la forma de concebirlos ha cambiado sensiblemente, tornando anacrónicas las construcciones que se hicieron bajo aquellos modelos, ya sea en la formulación alemana, que garantizaba al gobierno un espacio de actuación libre de cualquier control, o en el modelo francés, en el que la voluntad de la colectividad expresada a través de las decisiones parlamentarias se imponía sin límites.

La configuración del principio de legalidad, en el día de hoy, debe partir, ante todo, de la normatividad directa e inmediata de la Constitución, que deja de ser solamente fuente sobre la producción de las normas, y se convierte en fuente del derecho. Como consecuencia, ya no será estrictamente necesaria la promulgación de una ley para autorizar la acción de la Administración, que podrá basarse directamente en la Constitución. Asimismo, el poder legislativo ya no es soberano, sino que está sometido al pacto fundamental contenido en la Constitución, pacto en el que se consagran y garantizan jurídicamente derechos que no pueden ser anulados por la voluntad de la mayoría política. Estos derechos garantizados en la Constitución se imponen no solo como fundamento de la validez de las leyes, que no pueden contrariar sus disposiciones, sino también como guion para la interpretación de las leyes (función interpretativa). Por ello, la Administración está vinculada a las disposiciones que se extraen de la interpretación que se hace de la ley según los principios y reglas determinados por la Constitución.

El Parlamento ya no tiene la exclusividad del poder legislativo, que está distribuido en diversos órganos. Hay una multitud de poderes normativos primarios, cuya relación no se da ya sobre la base exclusiva del criterio

jerárquico, que sometía todas las normas a la ley del Parlamento, sino que se establecen ámbitos de regulación propios a cada uno de estos poderes normativos. Como consecuencia, no siempre el acto administrativo se fundamentará en una ley. La norma jurídica válida para legitimar la acción de la Administración dependerá de la distribución del poder legislativo, según lo previsto en las normas sobre la producción jurídica. Una vez que la relación entre las diversas fuentes normativas no se da exclusivamente según el criterio jerárquico, podrá ser que, por el criterio de competencia, la ley sea desplazada, cediendo espacio para otra especie normativa.

Sin embargo, el poder legislativo pertenece típica y ordinariamente al Parlamento (art. 44 de la Constitución), por lo que, en ausencia de una norma específica, la acción de la Administración debe estar fundamentada en una ley del Parlamento.

El orden jurídico es un sistema, por lo que las normas que le componen se relacionan unas con otras a través de una relación de interdependencia que crea un todo organizado por el conjunto de las partes. Por ello, la aplicación de una norma cualquiera es siempre la aplicación de esta norma y de las demás normas y principios de organización del sistema que le son relacionadas. Esta realidad propia de los sistemas, como es el orden jurídico, no autoriza a concluir que el principio de legalidad significa simplemente la adecuación de la acción administrativa al orden jurídico en su totalidad, independientemente de la fuente de origen. El principio de legalidad impone la vinculación de los actos administrativos a la ley u otras normas que el orden jurídico ha determinado como fuentes legítimas de su validez. En el orden jurídico brasileño, estas fuentes están determinadas de manera bastante rígida: además de las normas con fuerza de ley expresamente listadas en el art. 59 de la Constitución, solo se admite dos excepciones: las normas de organización interna de los Poderes del Estado y normas de organización de los servicios educativos de las Universidades, resultante de la autonomía didáctico-científica que les es reconocida por la Constitución.

El principio de legalidad es una consecuencia directa del principio básico de libertad que fundamenta el poder político, constituido libremente por los miembros de la comunidad, que definen las finalidades y los medios de los que dispondrá el gobierno para alcanzar sus fines. La Administración Pública, por lo

tanto, ya no tiene un poder general sobre los ciudadanos, resultante de un principio de búsqueda del bien común o de protección de la comunidad, que era el dogma básico del poder de policía de las monarquías del siglo XIX, que autorizaba al rey actuar libremente en la defensa del interés público, sino solo potestades concretas como simples excepciones singulares a la situación básica de libertad. La Constitución y las leyes ya no son limitaciones al poder del gobierno, como en las monarquías limitadas del siglo XIX fundamentadas en el principio monárquico, sino que son la propia fuente de su poder. Cualquier potestad de imperio del Estado resulta de su atribución por la colectividad, puesto que el Estado es un producto de la voluntad libre de los miembros de la sociedad. "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*", proclama el art. 1º, párrafo único, de la Constitución de Brasil. La competencia para el ejercicio de cualquier poder político debe estar siempre atribuida en una fuente legítima, sea directamente la Constitución, sea la fuente que la Constitución reconoce como legítima para regular la materia, que, por regla, es la ley.

Aunque la ley ya no se represente como expresión de la voluntad general de la Nación, lo que justificaría su supremacía sobre todas las demás normas del sistema jurídico, sigue siendo fuente de garantía de la democracia pluralista desde el punto de vista formal, puesto que es la fuente que permite, en su proceso de elaboración, la efectiva participación de todas las fuerzas políticas, en especial, de las minorías.[879]

Por ello, en el orden jurídico brasileño, la ley tiene un estatuto jurídico privilegiado, como regla fundamental de dónde deben emanar los poderes del Estado no previstos en la Constitución. Este estatuto privilegiado, sin embargo, no es atribuido tan solo a la ley del Parlamento, sino también a las *Leis Delegadas* y *Medidas Provisorias* dictadas por el jefe del Poder Ejecutivo, que son normas que tienen *fuerza de ley*. La menor legitimidad democrática de las normas del Poder Ejecutivo con fuerza de ley está compensada por limitaciones en su ámbito material (especialmente por la exclusión de algunos ámbitos en los que se considera imprescindible la participación directa de las minorías políticas) y por la institución de mecanismos de control jurídico o político por las minorías.

[879] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho. II…, cit.*, p. 55

Se deben cuestionar, por tanto, los intentos de justificar el principio de legalidad desde supuestos ya superados, basados en realidades jurídico-políticas del pasado, como también se debe censurar cualquier intento de identificar la legalidad con la mera observancia del orden jurídico en general, sin referencia a ninguna fuente del Derecho específica.

La legalidad es una baliza que debe mantenerse sólida, exigiéndose de la Administración esta especial vinculación a la ley, que debe determinar concretamente el *quién* y el *qué*, aunque admita un margen de discrecionalidad en la actuación de la Administración. Esta vinculación debe ser suficiente para determinar que la acción esté basada en una ley previa, evitándose lo que sería justamente la acción no basada en la legalidad que es la acción que primero decide y después busca la formulación de una fundamentación para la acción.

Para un gobernante justo y respetador de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la ley es innecesaria. Como dijo James Madison, si los ángeles gobernaran a los hombres, ningún control externo o interno sobre el gobierno sería necesario. Pero, siendo el gobierno de los hombres, no es prudente depender de la benevolencia y rectitud del gobernante de turno. Por ello, las sociedades han creado mecanismos de protección contra los eventuales excesos del Estado. El principio de legalidad es el más importante de estos mecanismos, puesto que la ley, general y abstracta, determina lo que es debido a cada uno, imponiendo un límite a la actuación concreta de la Administración, que no puede servirse de su arsenal de coerción sino en las hipótesis y de las formas previstas por el legislador. Además, el principio de legalidad garantiza la necesaria separación de los poderes del Estado, que evita que el abuso en el ejercicio de su poder de imperio, puesto que la coerción concreta esta disociada del poder de determinar las hipótesis y la forma de su ejercicio. Por último, completando la tríada de la protección proporcionada por la exigencia de legalidad, eventual conflicto respecto a la utilización de este poder de coerción será solventado por el poder judicial, órgano estatal independiente de los demás que, sin embargo, no decidirá según el albedrío, valores o visiones de mundo de sus miembros, sino según las normas emanadas de las fuentes que tienen legitimación para determinar el derecho de cada uno.

Estas precauciones son especialmente importantes en la actualidad en los gobiernos cibernéticos, que tienen cada vez más informaciones de los

ciudadanos y son cada vez más capaces de intervenir en los más rutinarios y ordinarios actos de la vida privada. El desarrollo de la tecnología, especialmente de los medios informáticos, ha llevado a que el Estado democrático tenga un poder nunca imaginado por el más despótico de los tiranos.

El enfrentamiento de los riesgos típicos de la sociedad contemporánea debe, en la medida del posible, resultar de la cooperación libre de los individuos, evitándose que el Estado se avoque la posición de protector universal de la comunidad. Puede que situaciones extraordinarias justifiquen la adjudicación de un poder mayor para las entidades administrativas, lo que puede hacerse garantizándoles más discrecionalidad en su acción o hasta incluso una cierta potestad legislativa, pero no se puede pretender que organizaciones administrativas actúen *sponte propia*, sin la existencia de normas externas que balicen los límites de esta acción. Estos límites no están solo en las leyes, sino que los poderes de acción de estos órganos, sí que deben estar siempre previstos en una norma proveniente de un órgano legislativo, es decir, deben siempre provenir de la Constitución, de la ley o de una norma con fuerza de ley, según la distribución de competencia legislativa establecida en cada orden jurídico.

No se trata de sacralizar la ley, ni siquiera considerarla como la panacea para la cura de todos los males de la sociedad. Tampoco se pretende que la ley sea la única fuente, ni siquiera la principal, del orden jurídico. Entre el Estado y el individuo hay una multiplicidad de realidades sociológicas que son fuentes productoras de normas jurídicas válidas. Así, las relaciones conyugales, familiares, de vecindad, y diversas otras relaciones sociales que surgen espontáneamente en el seno social y que también son eventualmente disciplinadas por el derecho estatal, no se adjuntan a este derecho, constituyéndose en fuentes autónomas de regulación de las relaciones sociales. El Estado, por definición, no puede avocarse la pretensión de regular todos los aspectos de la vida social, so pena de convertirse en un Estado totalitario. El Estado es, por ello, subsidiario, debe actuar tan solo en aquellos espacios en los que la sociedad no sea capaz de mantener naturalmente el orden y la armonía. El Estado, además, no se edifica en el espacio vacío, sino en una cultura sedimentada en valores, tradiciones y costumbres que debe respetar y, por ello, son fuentes legítimas de producción de derechos y obligaciones jurídicas. La ley

no es, por ello, el fundamento de legitimidad de la organización de la sociedad. Pero, es el fundamento de legitimidad de la organización del Estado, que al contrario que la sociedad, no es un producto espontáneo, sino una creación de la colectividad y, por ello, solo actúa en los límites admitidos y según los procedimientos previstos por la sociedad.

El principio de legalidad es justamente la fijación de los medios que se consideran válidos para la actuación del Estado. Independientemente del objetivo que quiera alcanzar la Administración, debe siempre ser buscado por el medio legítimo. Este medio es la legalidad.

9. BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 2014.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2012.

AGUILAR, Juan Fernando López. *La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español)***.** Revista española de Derecho constitucional, n. 33, p. 105-143, 1991.

AHRENS, Heinrich. *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del derecho y el Estado***.** Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878.

ALBERDI, Juan Manuel Olarieta. *La separación de poderes en el constitucionalismo burgués.* Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences, v. 32, n. 4, 2011, p. 331-469.

ALESSI, Renato**.** *Instituciones de derecho administrativo*. Volume I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALVES, Cleber Francisco. *A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado imperial brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2008, vol. 180, n. 45, p. 65-75.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARANDA, José Tudela. *Calidad y renovación del concepto de Ley***.** Anuario Jurídico de La Rioja, n. 6-7, p. 103-153, 2001.

ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. *Los paradigmas de la legalidad en el derecho administrativo francés***.** Universidad Pública de Navarra, 2008.

ARCONZO, Giuseppe. *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale***.** Milano, Giuffrè, 2013.

ARENDT, Hannah. *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.

ARISTÓTELES. *La política***.** Madrid, Editorial Gredos, S. A, 1988.

_____. *Metafísica.* Madrid, Editorial Gredos S.A., 1994.

ARRANZ, José Julio García. *En las fauces de Leviatán: contextos iconográficos de la boca zoomorfa del infierno en el imaginario medieval.* De Medio Aevo, v. 13, n. 1, 2019, p. 45-76.

ATALIBA, Geraldo. Princípio da legalidade. Revista do Tribunal Federal de Recursos, n. 145, 1987, p. 67-78.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho.* Barcelona, Editorial Ariel, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.* Revista trimestral de direito público, 1999, vol. 24, p. 159-180.

_____. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo, Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto et al*. Fundamentos do estado de direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A Administração Pública entre o direito público e o direito privado.* Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte–RPGMBH, 2015, p. 203-226.

_____. *Direito Administrativo.* São Paulo, Saraiva, 2007.

BACON, Francis. *La nueva Atlántida. (ebook).* Agapea, 2016.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La división de poderes en la Constitución de Cádiz de 1812.* UNED. Revista de Derecho Político, n. 83, enero-abril de 2012.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar.* Rio de Janeiro, Forense, 2010.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformación del sistema de fuentes.* Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).* Revista De Direito Administrativo, 2005, v. 240, p. 1–42.

_____. *Princípio da legalidade. Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas***.** Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, NDJ, 1997.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista***.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política.* São Paulo, Saraiva, 1995.

BAUZÁ, Rolando Pantoja. *El derecho administrativo: Concepto, características, sistematización, prospección.* Santiago del Chile**,** Editorial Jurídica de Chile, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Luce Edizioni, 2009BECCARIA, 2009.

BEREIJO, Alvaro Rodríguez. *Orçamento–III.* Revista de Direito Público, 1990, vol. 24, n. 96, p. 5-41

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito.* São Paulo, Martins Fontes, 2006.

BEGHIN, Mauro. *Diritto tributario*. Padova, Cedam, 2015.

BERLIN, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad.* Madrid: Alianza, 1988.

BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif.* Paris, Arthur Rousseau, 1926.

BETZU, Marco. *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico.* Rivista Costituzionalismo.it, 2/2013, p. 1-43.

BIN, Roberto *et al*. *La sovranità nazionale e la sua erosione.* A. Pugiotto (a cura di), Per una consapevole, 2013.

_____. *Che cos' è la Costituzione?.* Quaderni costituzionali, 2007, vol. 27, n. 1, p. 11-52.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. G Giappichelli Editore, Torino, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo.* Revista de Direito Administrativo, 2005, vol. 239, p. 1-32.

BLAS GUERRERO, Andrés de et al. *Teoría del Estado I. El Estado y sus instituciones.* Editorial UNED, 2013.

BLOM, Philipp. *Encyclopédie: El triunfo de la razón en tiempos irracionales.* Editorial Anagrama, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política.* Siglo XXI, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico***.** Brasília, Ed. UNB, 1995.

_____. *Teoria Geral da Política.* Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.

_____. *Teoría general del derecho.* Bogotá, Temis, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos, 1993.

_____. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.* Madrid, Trotta, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho.* Fondo de Cultura económica, 1994.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República.* Madrid, Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição do Império.* Revista de informação legislativa, p. 5-16, 1987.

_____. *A evolução constitucional do Brasil.* Estudos avançados, 2000, vol. 14, n. 40, p. 155-176.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil.* Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.

BORDA, Luis Villar. *Estado de derecho y Estado social de derecho.* Revista Derecho del Estado, v. 20, p. 73, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción.* Barcelona, Anagrasma, 1997.

BRESSMAN, Lisa Schultz. *Disciplining Delegation After Whitman v. American Trucking Ass' ns.* Cornell L. Rev., v. 87, 2001, p. 452-485.

BULOS, Uadi Lâmego. *Direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 2015.

BURGESS, Glenn. *The divine right of kings reconsidered.* The English Historical Review, v. 107, n. 425, p. 837-861, 1992.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França.* Brasília, Ed. UnB, 1982.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Control de constitucionalidad y relaciones entre ordenamientos*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 37, enero-junio de 2022.

_____. *Fuentes del derecho*. *I. Principios del ordenamiento constitucional.* Madrid, Tecnos, 1991.

_____. *Fuentes del derecho*. *II. Ordenamiento General del Estado y ordenamientos autonómicos.* Madrid, Tecnos, 1992.

_____. *Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos.* Revista Española de Derecho Constitucional, 2003, n. 69, p. 181-213.

_____ et al. *Manual de derecho constitucional. Volumen I. Constitución y fuentes del Derecho. Derecho Constitucional europeo. Tribunal Constitucional. Estado autonómico.* Madrid, Tecnos, 2017.

_____ et al. *Manual de derecho constitucional. Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, Deberes constitucionales y principios rectores, Instituciones y órganos constitucionales*. Madrid, Tecnos, 2011.

_____. *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico.* México D.F, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

_____. *Reserva de lei e potestade regulamentadora na Constituição normativa.* Direito Público, v. 10, n. 50, 2013.

CAMPESI, Giuseppe. *A genealogy of public security: the theory and history of modern police powers.* New York, Routledge, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo, Saraiva, Almedina, 2013.

CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México.* Mexico D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

_____. *En los orígenes del Estado constitucional: la declaración francesa de 1789.* Lima, Iustitia SAC, 2012.

CARPENTER, David A. *The reign of Henry III.* London, Hambledon Press, 1996.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário.* São Paulo, Malheiros, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo.* Salvador, Jus Podium, 2008.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras.* Interesse Público, n. 35, jan./fev. 2006.

_____. *Manual de direito administrativo.* Rio de Janeiro, Lumens Juris, 2004.

CASADO, María (coord.) Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo.* Milano: Giuffrè Editore, 2009.

CASSIRER, Ernst. *Filosofía de la Ilustración.* México D.F., Fondo de cultura económica, 1943.

CASTELLANO, Juan Luis Castellano. *Reflexiones sobre la justicia en el Antiguo Régimen a propósito de unas cartas a Villena.* Chronica Nova. Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada, 1995, n. 22, p. 11-28.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A "reserva de densificação normativa" da lei para preservação do princípio da legalidade*. Duc In Altum-Cadernos de Direito, 2016, vol. 1, n. 1.

CHAPUS, René. *Droit administratif général.* Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001.

CHOUILLET, Jacques; PEROL, Lucette. Debat; *De l'Encyclopédie à la Déclaration des Droits de l'Homme: rupture ou continuité?.* Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie, 1990, vol. 8, n. 1, p. 53-78.

CICERÓN, Marco Túlio*. De las leyes*. UNAM, 2016.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo.* São Paulo, Malheiros, 2007.

CLARK, Christopher. *Germany 1815-1848: restoration or pre-march? En* BREUILLY, John (Org.). Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780- 1918. London, Arnold, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

COCHIN, August. *Lo spirito del giacobinismo: Le società di pensiero e la democrazia: una interpretazione sociologica della rivoluzione francese.* Milano, Giunti, 2014.

COING, Helmut. *Historia del derecho y dogmática jurídica.* Revista chilena de Derecho, 1982, vol. 9, p. 245-257.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad.* Barcelona, Marcial Pons, 2011.

COMMAGER, Henry Steele, et al. *Festschrift fur Karl Loewenstein***.** Tübingen, Mohr, 1971.

CONSTANT, Benjamin. *Curso de política constitucional.* 1820.

_____. *Escritos de política.* São Paulo, Martins Fontes, 2005.

_____. *Principios de política aplicables a todos los gobiernos.* Madrid, Katz Editores, 2010.

COPLESTON, Frederick. *Historia de la filosofía, de Wolff a Kant. Tomo VI.* Barcelona, Ariel, 1992.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Almedina, Coimbra, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *El principio de legalidad como vertebrador del estado de derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España.* 2010.

_____. *Manual de Derecho Administrativo parte general.* Madrid, Civitas, 2012.

COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica.* São Paulo, Martins Fontes, 2006.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Cedam, 1993.

CROUZET, Maurice. (ed.) *Historia general de las civilizaciones.* Barcelona, Ediciones Destino, 1958.

CYRINO, André. *Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas.* RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 30, 2016, p. 107-135, 2016.

DABIN, Jean. *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política.* México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

DE BARROS JUNIOR, Carlos Seabra. *Teoria dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 106, 1971.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley.* Madrid, Trotta, 2000.

DE CARVALHO NETTO, Menelick. *A sanção no procedimento legislativo.* Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

DE MALBERG, Raymond Carré. *La ley, expresión de la voluntad general: estudio sobre el concepto de la Ley en la Constitución de 1875.* Madrid, Marcial Pons, 2011.

DE MOLINA, Antonio García-Pablos. *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal.* Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA, 2018.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes.* Barcelona, Ariel S.A., 1987.

DE RUGGIERO, Guido. *Historia del liberalismo europeo.* Madrid, Ediciones Pegaso, 1944.

DE SOUSA, Joaquim Rodrigues. *Analyse e commentario da Constituição politica do Imperio do Brazil, ou, Theoria e pratica do governo constitucional brazileiro. Vol. II.* São Luís do Maranhão, 1870.

DE SOUSA, Jose Pedro Galvão. *As Minorias Revolucionárias*. Revista Justitia, n. 24, 1958, p. 45-54.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la revolución.* Amazon, 2020.

_____. *La democracia en América.* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do trabalho*. São Paulo, LTR, 2019.

DENNINGER, Erhard. *Prevención y libertad: sobre el orden de la libertad. En* Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Cátedra Francisco Suárez (Departamento de Filosofía del Derecho), 2009. p. 39-57.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2012.

_____. *Inovações no direito administrativo brasileiro.* Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), 2005, vol. 3, n. 5, p. 202-222.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* Indianapolis, Liberty Class, 1982.

DIDEROT, Denis; LE ROND D'ALEMBERT, Jean. *La enciclopedia (selección de artículos políticos).* Madrid, Tecnos, 1992.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?).* Revista española de derecho constitucional, 1988, n. 24, p. 47-93.

DILTHEY, Wilhelm. *De Leibniz a Goethe: Obras III.* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo, Atlas, 2014.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos.* São Leopoldo, Editora Unisinos, 2009.

DUBBER, Markus Dirk. *The police power: Patriarchy and the foundations of American government.* New York, Columbia University Press, 2005, p. 70.

DUGUIT, Léon. *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789.* Librairie du recueil général des lois et des arréts et du journal du palais, L. Larose, éditeur, 1893.

_____. *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'ťat, le droit de l'état, les libertés publiques, organisation politique.* Paris, E. de Boccard, Éditeur, 1923.

DUVERGER, Maurice. *Ciência política. Teoria e Método.* Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1972.

_____. *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1980.

ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. *Sobre el principio de la separación de poderes.* Revista de estudios políticos, n 24, p. 215-234, 1981.

ELIAS, Norbert. *Los alemanes.* Buenos Aires, Nueva Trilce, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo.* Vol. 1. Madrid, Civitas, 2006.

_____. *Curso de derecho administrativo.* Vol. 2. Madrid, Civitas, 1977.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa.* Madrid, Real Academia Española, 1994.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).* Madrid, Civitas, 1983.

_____. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial.* Tecnos, Madrid, 1970.

_____. *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*. Revista de administración pública, n. 27, p. 63-88, 1958.

_____. *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución.* Revista española de derecho constitucional, n. 10, p. 11-61, 1984.

ESCALANTE, Pablo Facundo. *La dimensión moral de la Declaración de derechos de 1789: algunas reflexiones a partir de la teoría del reconocimiento Axel Honneth.* Res publica (Madrid), v. 20, n. 2, p. 259-274, 2017.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.* São Paulo, Editora Forense, 1979.

FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa.* Revista de Administración Pública, 1953, n. 11, p. 11-32.

FALLER, Hans Joachim. *Defensa Constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal de Alemania.* Revista de estudios políticos, n. 7, 1979, p. 47-68.

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho. Vol. 2. La Edad Moderna.* Madrid, Ediciones Pirámide, 1982.

_____. *Historia de la Filosofía del Derecho. Vol. 3. La Edad Moderna.* Madrid, Ediciones Pirámide, 1996.

FEDERICO II DE PRUSIA. *Antimaquiavelo o Refutación del Príncipe de Maquiavelo.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

FEHER TRENSCHINER, Eduardo Luis. *El código de Federico.* Revista de la Facultad de Derecho de México, 2015, vol. 65, n. 264, p. 153-163.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *La razón de estado. razones y excesos de una institución imprescindible. Revista Derechos y Libertades*, 2019, n. 41.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración.* Pamplona, Thomson Civitas, 2008.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad.* Pensamiento Constitucional. Vol. 4, n. 4. 1997.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional.* A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2009, vol. 9, n. 38, p. 39-60.

_____. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del derecho público, en especial del derecho administrativo.* Revista de administración pública, 2014, n. 193, p. 11-44.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade.* Revista tributária e de finanças públicas, v. 35, 2000, p. 144-158.

FERREIRA, Pinto. *Delegação de poderes.* Revista de Direito Público e Ciência Política, v. 5, n. 3, p. 30-63, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A autonomia do poder regulamentar na Constituição Francesa de 1958*. RDA, n. 84.

_____. *As origens do estado de direito.* Revista de Direito Administrativo, v. 168, 1987.

_____. *Do Processo Legislativo*. São Paulo, Saraiva, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'acte Constitutionnel del 24 giugno 1793.* Historia Constitutional. Revista electrónica de historia constitucional, 2007, n. 8, p. 123-142.

_____. *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales.* Madrid, Trotta, 2014.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid, Editorial Trotta S.A., 2004

_____. *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco.* Milano, Giuffrè, 1979.

_____. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones.* Madrid, Trotta, 1996.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo.* Barcelona, Editorial Labor S.A., 1933.

FORSTHOFF, Ernst. *El estado de la sociedad industrial:(el modelo de la República Federal de Alemania).* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

_____. *Tratado de derecho administrativo.* Madrid, Instituto de estudios políticos, 1958.

FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la medicina social.* Cuadernos Médicos Sociales, n. 1, abril de 1978, p. 1-10.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. México D.F., Ed. Porrúa, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o princípio da reserva legal*. Revista de direito penal, 1971, n. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Os direitos reais.* Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1970, vol. 65, p. 127-135.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro.* Revista de Informação Legislativa, ano 2014, vol. 51, p. 7-29.

FULBROOK, Mary. *Historia de Alemania.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

FULLER, Lon. *La moralidad del derecho.* México D.F., Editorial F. Trillas S.A, 1967.

FURET, François. *Pensar la Revolución Francesa.* Barcelona, Petrel, 1980.

FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte, Fórum, 2018.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Ley y reglamento en el Derecho público occidental.* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971.

GARCÍA, Joaquín Abellán. *Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl.* Revista de estudios políticos, 1983, n. 33, p. 123-146.

_____. *El concepto sociológico de constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle.* Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, 2010, n. 6, p. 399-424.

GARCÍA, José M. González. *Imágenes de la Justicia en la estética del Derecho: IV Conferencia "Javier Muguerza".* Universidad de La Laguna. Octubre de 2016. Laguna: Revista de Filosofía, 2017, n. 41, p. 9-40.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid, Alianza Editorial, 1999.

_____. *La idea medieval del derecho.* Fundación Manuel García-Pelayo, 2004.

_____. *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid, Alianza Editorial, 1977.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo.* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

GIERKE, Otto von. *Teorías políticas de la Edad Media.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,1995.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1995.

GINER, Salvador. *Historia del pensamiento social.* Barcelona, Ariel S.A, 1982.

GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo, Atlas, 2012.

GÓMEZ-ACEBO, Ricardo et al. *El ejercicio de la función legislativa por el gobierno: Leyes delegadas y Decretos-Leyes.* Revista de estudios políticos, n. 60, p. 67-98, 1951.

GONZÁLEZ, Francisco Lorenzo Hernández. *La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés: mitos y realidades.* Revista de administración pública, 2004, n.163, p. 465-494.

GONZÁLEZ, Santos M. Coronas. *Las Leyes Fundamentales del Antiguo Régimen (notas sobre la Constitución histórica española).* Anuario de historia del derecho español, n. 65, 1995.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. *Tomo I.* Fundación de derecho administrativo, 2017.

GOUBERT, Pierre. *El Antiguo Régimen. 1. La sociedad.* Madrid, Siglo XXI, 1984.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo, Dialética, 2011.

GRENVILLE, John Ashley Soames. *La Europa remodelada: 1848-1878.* Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1991.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval.* São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna y posmoderna. En* Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, n.1, Diciembre, 2015.

GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit.* Pensamiento Constitucional, v. 8, n. 8, p. 127-176, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas.* São Paulo, Quartier Latin, 2005.

_____. *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho.* Barcelona, Gedisa,1999.

_____. *Estudios de teoría constitucional.* México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

_____. *Le fonti del diritto: fondamenti teorici.* Giuffrè Editore, 2010.

GUERRERO OROZCO, Omar. *Introducción a la administración pública.* Editorial Haría. México, 1985.

HAYEK, Friedrich August. *The constitution of liberty: The definitive edition.* London, Routledge, 2013.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *La constitución de Alemania.* Madrid, Aguilar S.A, 1972.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado.* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

HELVÉTIUS, Claude Adrien. *Del espíritu.* Madrid, Editora Nacional, 1984.

HERRMANN, Ulrich. *Educación y formación durante la Ilustración en Alemania.* En La Educación en la Ilustración Española. Revista de Educación, n. extraordinario, 1988.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito.* São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HEUN, Werner. *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX.* Universidad de Oviedo, Editorial fundamentos cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, n. 2, 2000.

HIERRO, Liborio L., et al. *El imperio de la ley y la crisis de la ley*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 19, 1996.

HOBBES, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil.* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos impérios: 1875-1914.* São Paulo, Editora Paz e Terra, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* University of Chicago Press, 1996.

HOMEM, António Pedro Barbas. *A Lei da Liberdade: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico, Épocas Medieval e Moderna.* Cascais, *Principia* Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

HORN, Hans-Rudolf. *Jueces versus diputados: sistemas americano y austríaco de la revisión judicial.* Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2002, n. 6, p. 221-244.

IBLER, Martin. *Concepto, objeto, desarrollo, principios fundamentales y preguntas jurídicas típicas y actuales del derecho de policía alemán (Derecho de prevención de riesgos). Revista IUSTA*, 2010, vol. 32, p. 143-160.

IM HOF, Ulrich. *La Europa de la ilustración.* Barcelona, Crítica, 1993.

IRUJO, Antonio Embid. *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana.* Revista de administración pública, 1988, n. 115, p. 403-426.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado.* México D.F., Fondo de cultura económica, 2000.

JESCH, Dietrich. *Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad.* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral.* Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2013.

JHERING, Rudolf von. *El fin en el Derecho.* Madrid, B. Rodríguez Serra, 1911.

JÚNIOR, José Cretella. *Retroatividade do ato administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 127,1977.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos.* Lisboa, Edições 70, 1990.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Lisboa, Edições 70, 1995.

_____. *La metafísica de las costumbres.* Madrid, Tecnos, 2005.

_____. *Teoría y práctica*. Madrid, Tecnos, 1986.

KANTOROWICZ, Ernst. *The king's two bodies: a study in medieval political theology.* Princeton University Press, 2016.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental.* São Paulo, Martins Fontes, 2018.

KELSEN, Hans. *A democracia.* São Paulo, Martins Fontes, 2000.

_____. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional).* Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2011, n. 15, p. 249-300.

_____. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo, Martins Fontes, 2003.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded.* Duke University Press, 2012.

KOSMIDER, Mariusz Ryszard. *El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad en los sistemas constitucionales alemán y español.* Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), n. 23, p. 667-706, 2018.

KOYRÉ, Alexandre*. Galileu e Platão e do mundo do" mais ou menos" ao universo da precisão.* Lisboa, Editora Gradiva, 1980.

KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático.* Buenos Aires, Depalma,1980.

LABAND, Paul. *Derecho presupuestario.* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LACCHÈ, Luigi*. Le carte ottriate, La teoria dell'octroi e le esperienze costituzionali nell'Europa post-rivoluzionaria.* Giornale di storia costituzionale, n. 18, 2009, p. 229-254.

LAFERRIÈRE, Firmin. *Cours de droit public et administratif*. Joubert libraire éditeur, 1841.

LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual.* Madrid, Trotta, 2007.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição.* Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2001.

LE GOFF, Jacques. *La civilización del Occidente medieval.* Barcelona, Paidós, 1999.

LEFEBVRE, Georges. *1789: revolución francesa.* Barcelona, Laia, 1982.

LEÓN, José María Baño. *Reserva de Administración y Derecho comunitario.* Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional/Working Papers on European Law and Regional Integration. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), 2011.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. *O direito no século XIX*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 8, 1900.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano.* México D.F, Fondo de cultura económica, 1986.

_____. *Ensayos sobre la ley natural.* Madrid, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, 1998.

_____. *Segundo tratado sobre el gobierno civil.* Madrid, Tecnos, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución.* Barcelona, Ariel, 1965.

LOISEL, Antoine. *Institutes coutumières d'Antoine Loysel, ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France, avec les notes d'Eusèbe de Laurière.* Durand, 1846.

LUMIA, Giuseppe; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Principios de teoría e ideología del derecho.* Santiago del Chile, Colecciones Olejnik, 1979.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales.* Madrid, Tecnos, 2013.

_____. *El desbordamiento de las fuentes del Derecho.* Madrid, La Ley, 2011.

_____. *Estado constitucional y derechos de la tercera generación***.** Anuario de filosofía del derecho, 1996, n. 13, p. 545-570.

_____. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica.* Madrid, Tecnos, 1997

MACHADO, Santiago Muñoz. *Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español.* Revista de Administración Pública, n. 77, 1975.

_____. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo I: Historia de las instituciones jurídico-administrativas 1***.** Boletín Oficial del Estado, 2015.

_____. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo II: Historia de las instituciones jurídico-administrativas 2.* Boletín Oficial del Estado, 2015.

_____. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo IV: El ordenamiento jurídico.* Boletín Oficial del Estado, 2015.

Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo VII: El reglamento. Boletín Oficial del Estado, 2015.

_____. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XI: Instituciones autonómicas y locales.* Boletín Oficial del Estado, 2015.

MARCOS, Maximiliano Hernández. *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica.* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2017.

MARÍN, José María García. *La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700).* Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, v. 1, 1998, p. 21-86.

MARTÍN, Sebastián. *Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del 'soziale Rechtsstaat'. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933).* Res Publica. Revista de Filosofía Política, 2011, vol. 25, p. 151-176.

MARTÍN, Antonio Pérez. *Estudios sobre monarquía y nobleza en la edad media.* Madrid, Sans y Torres, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Ordenamento Jurídico Brasileiro.* Revista Jurídica da Presidência, v. 1, n. 3, 1999.

MARTOS, José Antonio Montilla. Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español. Civitas, 1994.

MASUCCI, Alfonso. Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania. Revista de administración pública, n. 184, p. 9-39, 2011.

MATTEUCCI, Nicola. *La costituzione americana e il moderno costituzionalismo.* il Mulino, 1987, vol. 36, n. 6, p. 882-901.

_____. *Lo Stato moderno: lessico e percorsi.* Bologna, Il mulino, 1993.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán.* México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

_____. *Elementos de direito administrativo alemão.* Porto Alegre, SA Fabris Editor, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán.* Tomo I. Buenos Aires, Depalma, 1949.

MAYOS, Gonçal; CHUST, José Vicente Mestre. *La ilustración y los derechos humanos.* Barcelona, Editorial UOC, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas*. Revista CEJ, Brasília-DF, n. 14, mai./ago. 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, Manuel Alberto Restrepo. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI.* Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

MEDRANO, Amelia Pascual**.** *La ley y el reglamento en el Derecho Constitucional francés.* Revista de estudios políticos, n. 106, p. 179-229, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo, Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* São Paulo, Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 2009.

MERKL, Adolf. *Escritos de teoria do direito.* São Leopoldo, Editora Unisinos, 2018.

_____. *Teoría general del derecho administrativo.* Granada, Editorial Comares S.L., 2004.

MICHELET, Jules. *História da Revolução Francesa: da queda da Bastilha à festa da Federação.* São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

MILTON, Aristides. *A Constituição do Brasil: notícia histórica, texto e comentário.* Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1898.

MIRANDA, Jorge. *Funções do estado.* Revista de Direito Administrativo, v. 189, p. 85-99, 1992.

MOLES CAUBET, Antonio. *Implicaciones del Principio de Legalidad.* Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Vol. II, Instituto de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1970, pp. 137-174.

MONCADA, Luís Cabral de**.** *Ensaio sobre a lei.* Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Del espíritu de las leyes.* México D.F., Porrúa S.A, 1977.

MORALES, Ángel Garrorena. *El lugar de la ley en la Constitución española.* Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado. *O poder normativo das agências reguladoras na jurisprudência do STF — mutação constitucional do princípio da legalidade.* Revista de Direito Público da Economia, v. 43, p. 35-57, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação.* Revista de direito administrativo, v. 215, p. 71-89, 1999.

MORENTE, Manuel García. *Idea de la Hispanidad.* Buenos Aires, Espasa-Calpe S. A., 1938.

MORNET, Daniel. *Los orígenes intelectuales de la Revolución francesa, 1715-1787.* Buenos Aires, Paidos, 1969.

MOTTA, Fabricio. *Função normativa da administração pública.* Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2007.

MOYNIHAN, James M. *Papal immunity and liability in the writings of the medieval canonists.* Roma, Gregorian University Press, 1961.

MÜßIG, Ulrike. *El juez legal: una comparación histórica, desde el derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia.* Madrid, Editorial Dikynson, 2014.

NELSON, Wilton M. *Nuevo Diccionario Ilustrado de la Biblia.* Nashville, Editorial Caribe, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo***.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NIETO, Alejandro. *Algunas precisiones sobre el concepto de policía. Revista de Administración Pública*, 1976, n. 81, p. 35-75.

_____. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional." *Revista de Administración Pública 100* (1983): p. 371-416.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales*. Ius et Praxis, v. 11, n. 2, p. 15-64.

NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. *Dogmática jurídica.* EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 2014, p. 245-260.

ORFANEL, Germán Gómez. *Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt.* Revista de estudios políticos, 2004, n. 123, p. 251-270.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Leyes singulares, leyes de caso único.* Revista de administración pública, 1989, n. 118, p. 57-102.

PAINE, Thomas. *Rights of Man: being an answer to Burke's attack on the french revolution.* London, 1848

PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto de Derecho Administrativo.* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984.

PARSONS, Talcott. *The theory of social and economic organization*. New York: Free Press; London: Collier Macmillan, 1964.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Fundamentos de Derecho administrativo I.* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

_____. *Principios de derecho administrativo general.* Madrid, Editorial Iustel, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio; DORADO, Javier. *Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII.* Historia de los Derechos fundamentales, 2001, vol. 2.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico: el debate sobre la legalidad del exterminio nazi.* Barcelona, Atelier, 2018.

PERASSI, Tomaso. *Introduzione alle Scienze Giuridiche*. CEDAM, Padova, 1967.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito***.** São Paulo, Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, Jesús González. *Administración pública y libertad.* México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations.* En Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford, Oxford University Press, 2012.

PERRY, Anderson. *El estado absolutista.* México D.F., Siglo XX editores, 2007.

PIMENTA BUENO; José Antonio. *Direito público brazileiro e analyse da Constituição do Império.* Typ. de J. Villeneuve, 1857.

PINZÓN, Miguel Malagón. *La Revolución francesa y el derecho administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial*. Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, n. 23, p. 167-190, 2005.

PLATÓN. *A República.* Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2014.

_____. *Las Leyes.* Madrid, CEC, 1983, vol. 1, Libro IV.

POLAKIEWICZ, Jörg. *El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania.* Revista de estudios políticos, 1993, n. 81, p. 23-46.

PONTES, Helenilson Cunha. *A destruição da legalidade tributária pelo STF.* Revista Consultor Jurídico. 16 de diciembre de 2020.

PORTELLA, Joaquim Pires Machado. *Constituição politica do imperio do Brazil confrontada com outras constituições e annotada.* Typographia nacional, 1876.

PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel.* Paris, Dalloz, 1972.

PRUTSCH, Markus J. *The Legal 'Model' of the Charte Constitutionnelle and the 1818 Baden Constitution.* Crossing Legal Cultures, München, 2009, p. 383-398.

PUIGPELAT, Oriol Mir. *El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional.* Revista de Administración Pública, n. 162, p. 47-87, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do" desvio de poder" em direito administrativo.* Revista de direito administrativo, v. 6, p. 41-78, 1946.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

RAMÍREZ, José María Porras. *Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial*. Revista de estudios políticos, 1995, n. 87, p. 239-258.

RANIERI, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988.* Edusp, 1994.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario**.** *Historia del pensamiento filosófico y científico.* Tomo II. Barcelona, Editora Herder, 1995.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* São Paulo, Saraiva, 1999.

REBOLLO PUIG, Manuel. *Judicialidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno*. Revista de Administración Pública, n. 125, 1991.

RÉMOND, René. *O século XIX 1815-1914, introdução à história de nosso tempo*. São Paulo, Cultrix, 1993.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro.* Rio de Janeiro, F. L. PINTO & C, LIVREIROS-EDITORES, 1866.

RICHET, Denis. *La Francia moderna.* Madrid, Ediciones AKAL, 1997.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno.* Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

RIVERO, Jean. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo francés contemporáneo.* Revista de Administración Pública, 1951, n. 6.

ROCA, Francisco Javier García. *Del principio de la división de poderes (1)***.** Revista de estudios políticos, 2000, n. 108, p. 41-75.

ROCA, María J. *La recepción del Ius Commune por el Tribunal Superior del Sacro Imperio Romano Germánico*. *e-Legal History Review*, 2010, n. 10, p. 1-34.

RODRÍGUEZ, Libardo. La explicación histórica del derecho administrativo. *M. López Olvera, & D. Cienfuegos Salgado, Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, 2005, p. 293-315.

ROIG, Antoni. La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España. Madrid, Dykinson, 2003.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

ROMERO, José Luis; ROMERO, Luis Alberto (Ed.). *Pensamiento conservador, 1815-1898.* Fundacion Biblioteca Ayacuch, 1986.

ROSA, Francesca. *Il problema della garanzia della Costituzione in Francia dopo la rivoluzione. Dal Senato conservatore al Comitato costituzionale.* 2012.

ROSANVALLON, Pierre. *La consagración del ciudadano: historia del sufragio universal en Francia.* México D.F., Instituto Mora, 1999.

ROSENBERG, Hans. *Bureaucracy, Aristocracy, and Autocracy: The Prussian Experience, 1669-1815.* Harvard University Press, 1968.

ROSENN, Keith S. *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications*. The American Journal of Comparative Law. Oxford University Press. Vol. 19, n. 3 (Summer, 1971), pp. 514-549.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Cartas morales y otra correspondencia filosófica.* Madrid, Plaza y Valdes, 2008.

RUBIO LLORENTE, Francisco*. La forma del poder*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

_____. *Contrato social.* Barcelona, Austral, 2012.

SALVADOR, Bartolomé Clavero. *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio.* Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 18, n. 1, p. 79-145, 1989.

_____. *"Garantie des Droits": Emplazamiento histórico del enunciado constitucional.* Revista de estudios políticos, n. 81, 1993.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta, 2011.

_____. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades.* Pensamiento Constitucional, v. 8, n. 8, p. 61-102, 2002.

SANTOS, Oliveira. *Direito Administrativo e Sciencia da Administração*. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

SANTOS, Ricardo Gómez-Acebo. *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos-Leyes.* Revista de administración pública, 1951, n. 6, p. 99-124.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2018.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política.* Madrid, Editorial Alianza, 1992.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho.* Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SAURA, Ángeles Galiana. *La legislación en el Estado de Derecho.* Madrid, Dykinson, 2003.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da idade média à idade contemporânea.* São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. *Dogmática jurídico-administrativa.* São Paulo, Saraiva, 2016.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Madrid, Tecnos, 1996a.

_____. *Teoría de la Constitución.* Madrid, Alianza, 1996b.

SELIGMAN, Edwin RA. *Encyclopaedia of the Social Sciences, v. 5*. New York, The Macmillan Company, 1923.

SHAPIN, Steven. *The scientific revolution.* Chicago, University of Chicago Press, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el tercer estado?.* Ciudad de México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

SIMEOLI, Dario. *Appunti sul principio di legalità amministrativa.* Rivista Questione Giustizia, n. 4, 2016, p. 174-189.

SOLÉ, Jacques. *Historia y mito de la Revolución francesa*. México D.F., Siglo XXI, 1989.

SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político.* Madrid, Tecnos, 1996.

STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

STOLLEIS, Michael. *Direito Público na Alemanha: Uma introdução à sua história do século XVI ao XXI.* São Paulo, Saraiva Educação (Série IDP, Linha Direito Comparado), 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado.* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos.* São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

SUÑER, José María Pi. *La obra de ortiz de zuñiga y sus influjos.* Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 1944, p. 202-223.

TÁCITO, Caio**.** *O abuso do poder administrativo no Brasil: conceitos e remédios.* Revista de Justiça, 1959.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho.* Granada, Editorial Comares, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de introdução e parte geral.* Rio de Janeiro, Forense, 2010.

TODOROV, Tzvetan. *El espíritu de la Ilustración.* Barcelona, Círculo de Lectores, 2008.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de historia del derecho español.* Madrid, Tecnos Editorial SA, 2004.

TORRES, Alfonso Palacios. *Reserva legal en los derechos fundamentales: un análisis comparativo entre el caso español y el colombiano*. Rev. Derecho del Estado, v. 10, 2001.

TORRES, Sílvia Faber. *A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado.* Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

TOUCHARD, Jean et al. *Historia de las ideas políticas.* Madrid, Tecnos, 1961.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal.* Madrid, Alianza editorial, 2010.

_____. *La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana. En* Teoría constitucional y derechos fundamentales. México D.F., CNDH, 2002.

VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro. Reforma das Instituições Nacionais.* Rio de Janeiro, Typograpbia. rua do Hospicio n. 4, 1899.

VEDEL, Georges. *Derecho administrativo.* Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980

_____. *El problema de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo.* Revista de Ciencias Sociales. V. III. Núm. 2, junio de 1959, p. 283-306.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho.* Barcelona, Gedisa, 1997.

VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo, algunos riesgos y algunas prevenciones.* "Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", 2009, Santa Fe, Argentina.

VOLTAIRE. *Diccionario Filosófico. Tomo VII.* Nueva York, Imprenta de C. S. Van Winkle, 1825.

VON JUSTI, Johann Heinrich Gottlob. *Ciencia del Estado.* México D.F., Instituto de Administración Pública del Estado de México, 1996.

VOVELLE, Michel. *A revolução francesa, 1789-1799.* São Paulo, Editora UNESP, 2012.

WALTER, Robert. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen.* Bogotá, Universidad Externado, 1999.

WATTS, Kathryn A. *Rulemaking as Legislating.* Geo. LJ, v. 103, p. 1003-1060, 2014.

WEBER, Max. *Economía y sociedad.* Vol. I. México D.F., Fondo de cultura económica, 1996.

_____. *El político y el científico*. Madrid, Alianza editorial, 1975.

WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho privado de la edad moderna.* Madrid, Aguilar, 1957.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante.* Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 26, n. 50, 2005.

WYDUCKEL, Dieter. *La soberanía en la historia de la dogmática alemana.* Fundamentos, Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, 1998, n. 1, p. 203-294.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro.* Volume 1. Rio de janeiro, Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.* Madrid, Trotta, 2011.

_____. *Manuale di diritto costituzionale*. Turin, Ed. UPET, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. MARCENÓ, Valeria. *La Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni.* Vol. 1. Il mulino, 2018.

ZANCANER, Weida, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo: Principi generali.* Vol. 1. Giuffrè, 1958.

_____. *L'attivitá administrativa e la legge. En* Scritti Vari di Diritto Pubblico. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1955.