

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: ¿VINCULACION POSITIVA O VINCULACION NEGATIVA?

Por

Emilio Tafur Charun

“I have missed everything. I have misunderstood everything. The earth is the sky, the sun is the moon, the rivers are the mountains. I have been looking at the wrong world”.

“The Book of Illusions”/ Paul Auster

No queremos empezar esta entrega sin antes citar a la autora mexicana Miluska Orbegoso Silva (2020:199) cuando afirma que:

“El principio de legalidad es quizá una de las más grandes manifestaciones del Estado de Derecho y esto es así porque supone una conquista: la limitación de aquel que ostentaba el poder y que no encontraba mayor límite que su propia voluntad. Por tanto, su sola mención lleva a pensar en un concepto de limitación que va de la mano con la codificación; y creemos, asimismo, con una idea positivista estricta desde la cual se entiende que la regla para ser límite debería siempre estar escrita”.

Por nuestra parte diremos que es sabido que el artículo 2.24 consagra la libertad y la seguridad personales. En consecuencia: a). Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Siempre ha sido entendido que el artículo citado no era aplicable en el ámbito del Derecho público. Esto es, existía una vinculación “positiva” entre la Administración pública y el ordenamiento jurídico. La Administración pública, como sujeto de derecho, solo podía actuar si previamente así se lo autorizaba el ordenamiento jurídico. Como bien decían los clásicos, “poder no dado, poder denegado”. Es decir, la Administración pública para efectos de su actuación debía ser empoderada por un reglamento o notablemente, por la Ley.

Todo lo dicho se refiere al principio de legalidad en una de sus múltiples acepciones.

Orbegoso Silva (2020:202) define así al principio de legalidad que la misma autora considera “clásico”:

La formulación clásica del principio de legalidad postula que la ley es fundamento de toda la actuación de la Administración, reclamando una vinculación positiva a la ley de toda actuación

administrativa y señalan que, por tanto, la Administración Pública sólo podrá actuar en cuanto exista una ley habilitante. Desde este punto de vista, lo que el principio de legalidad exige es que la actuación de los poderes, en concreto de la Administración Pública, no sea libre. Se trata pues de un principio que clásicamente dirige la actuación administrativa y que lo encontramos en la propia definición de acto administrativo, conforme a la cual, son actos jurídicos emitidos por la Administración, en ejercicio de una potestad otorgada por ley que busca satisfacer intereses públicos y que se rige por el Derecho Administrativo. Esto es, para que exista acto administrativo necesariamente debe existir una ley previa que otorgue una potestad, lo cual supone la garantía de que la Administración Pública y sus exorbitantes potestades estén, en principio, siempre sujetas a la ley conforme a los postulados del Estado de Derecho.

La misma autora (2020:203) agrega que, “En este entendimiento, el principio de legalidad cumple dos funciones respecto del poder, de un lado, cumple una función de legitimidad, pues su actuación quedará aprobada por un Derecho democráticamente consentido; *y de otro lado,*

constituye una limitación formal o jurídica, en cuanto que su actividad halla en dicho Derecho la frontera del obrar legítimo. Por tanto, podríamos decir que su fundamento lo encontramos en la primacía del ciudadano y en la separación de poderes. (Las cursivas son nuestras)

Y ello se relaciona de modo intenso con la idea de reserva de Ley, sea la reserva de naturaleza “material” o “formal”. En este contexto y ante la reserva de Ley, la Administración pública no podrá actuar de *motu proprio*, regulando las materias objeto de tal reserva. Para que la Administración pública pueda actuar regulando o dando actos en materias sujetas a reserva, deberá ser autorizada o habilitada por el legislador, y de no existir la reserva de Ley, por un reglamento independiente.

Digresión. Creemos que es importante detenernos para especificar qué se entiende por “reserva material” y “reserva formal” de la Ley. Así las cosas, se configura la reserva material cuando determinada materia es atribuida por la Constitución para que sea en su integridad

normada por la Ley. Dentro de la reserva material no existe limitación que impida al legislador agotar la regulación de la materia. En esto último radica el contraste de la Ley Ordinaria u Orgánica con las así denominadas “leyes de bases”. Por su parte, la reserva formal se activa por la llamada “congelación del rango”. Es decir, el legislador regula una materia que no le ha sido otorgada por la Constitución, y como efecto de ello, para que tal Ley sea derogada o modificada solo lo podrá llevar a cabo el propio legislador. Queda claro que las materias sujetas a la correspondiente reserva no podrán ser reguladas por el reglamento ni siquiera en el caso de los reglamentos ejecutivos. Siempre se requerirá de la habilitación previa dada por el legislador. Pues reiteramos la materia es privativa y exclusiva del legislador.

Cabe preguntarse cuál es el ámbito de actuación del reglamento cuando este aborda una materia que no esté sujeta a ninguna de las dos modalidades de reserva. Creemos que en este caso se daría una vinculación negativa entre la Administración pública y el ordenamiento jurídico. No habría prohibición, pero tampoco habría habilitación. Este supuesto se refiere a lo

que se conoce como reglamento independiente. Si luego de practicar una esforzada hermeneútica podemos encontrarle un fundamento al reglamento independiente lo podemos hallar en el artículo 118 (8) *in fine*, según el cual es potestad del Presidente de la República dictar “decretos y resoluciones”. De otra parte, entendemos que mayoritariamente los reglamentos independientes contendrán normas aplicables a la autoorganización y relaciones de sujeción especial. Pero, además, debe quedar en claro que el reglamento independiente así dado debe estar destinado a la satisfacción de los fines de interés general y no limitar los derechos fundamentales. Es de relieves lo manifestado por Santos Rodríguez (2006:177) cuando sostiene que la misma Administración es quien también participa en la elaboración del ordenamiento jurídico al cual está sujeta ella, pudiendo inclusive encontrarse la autorización legal (en el sentido de bloque de legalidad) en una norma administrativa.

Es pues objetivo de la presente entrega el determinar si aún mantiene plena vigencia el principio de legalidad en cuanto vinculación positiva de la Administración pública con el ordenamiento jurídico.



El principio de legalidad está positivado por los artículos III y IV numeral 1.1. del TUO de la Ley 27444 (LPAG). Según el primero, “La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.” Conforme al artículo IV 1.1 – “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

Sobre estos artículos es preciso hacer dos comentarios pues los mismos se corresponden con lo que en esta entrega planteamos:

- A) *Ab initio* el artículo IV preceptúa que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho. Esto es, el principio de legalidad no solo supondría el respeto a la Ley en

sentido formal, sino también a la Constitución y *señaladamente* al “derecho”. De modo muy similar el artículo III, *in fine*, dispone que la Administración actúa “con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.” Ello supone que al tener la Administración que respetar el derecho y el ordenamiento jurídico en general, la activación del principio de legalidad iría más allá de la Constitución y la Ley en sentido formal, puesto que también supondría sujeción al derecho y al ordenamiento jurídico en general, lo que *per se* incluye al reglamento dado por la Administración, a la jurisprudencia vinculante y a los principios generales. Pero hay más, el derecho y el ordenamiento jurídico en general, también podrían legitimar el ejercicio de las competencias cumpliendo así el principio de legalidad al configurarse una vinculación positiva entre la Administración y el ordenamiento jurídico. El artículo IV es nítido: la Administración actúa dentro de las facultades que le estén atribuidas. Y esta atribución puede darse a través de fuentes *sub-legales*. En este contexto, reiteramos, que la “vinculación positiva” entre Administración y

ordenamiento jurídico también se daría a nivel del reglamento, de la jurisprudencia o bien de los principios generales.

B) El artículo IV 1.1, *in fine*, refiere que la Administración debe actuar dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. Como hemos visto esas competencias no solo son atribuidas por la Constitución y la Ley, también lo son por el derecho y el ordenamiento jurídico en general (Art. III), términos estos dos últimos que abarcan al reglamento, a la jurisprudencia y a los principios generales. En consecuencia, el reglamento, la jurisprudencia y los principios generales bien podrán activarse como una vinculación positiva en lo que a la Administración y ordenamiento jurídico respecta. De otro lado, las finalidades que el ordenamiento establece para la actuación de la Administración son de fundamental importancia, pues como veremos, son en buena medida las que, dentro de la activación del principio de legalidad, dan legitimidad al ejercicio de las competencias de que se trate. Las competencias y el ejercicio de estas, deberán ser atribuidas

para, y solo para, la satisfacción y beneficio de la finalidad de interés general que corresponde a la Administración. La consecución de la finalidad de interés general, como veremos, es de la mayor importancia para legitimar la actuación administrativa, incluso cuando el ordenamiento no dispone una “vinculación positiva”. Todo ello se encuentra recogido por el artículo III cuando prevé que es finalidad de la LPAG establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública *sirva a la protección del interés general*. (Las cursivas son nuestras)



Sin embargo, es de precisar que en efecto existe una multiplicidad de acepciones del término “principio de legalidad”. Así, por ejemplo, Brewer Carías (1998:25) incide en el aspecto jerárquico del principio de legalidad e indica que, “el Principio de Jerarquía en la organización administrativa, rige en materia de legalidad,

obligando al sometimiento de los actos administrativos de los órganos inferiores respecto de los dictados por los superiores, con regulación expresa en las leyes de procedimientos administrativos.

Esto es, la definición de principio de legalidad citada pasa por alto uno de los más importantes aspectos de este principio, cual es la vinculación positiva o negativa de la Administración pública con el ordenamiento jurídico. Entendemos, entonces, que en este caso el autor se está refiriendo a la legalidad en tanto configura la sujeción del acto administrativo al ordenamiento jurídico y notablemente a las normas primarias como lo son las leyes en sentido formal. Pero debemos de reconocer que el término “principio de legalidad” supone una polisemia. Además, debe quedar en claro que el autor citado no yerra en su manifestación. Así, notamos de la cita de Brewer-Carías que este alude al principio de legalidad imbricando el mismo con la idea de jerarquía. Esto es, se garantizarán los derechos de los administrados dado que los actos administrativos que se refieran a la esfera jurídica de aquellos, deberán estar sujetos no solo a las leyes en sentido formal, sino también al ordenamiento como un todo. Y es justamente

este cuerpo normativo el que cautelará y preservará los derechos e intereses de los administrados, siempre y cuando estos derechos e intereses sean legítimos, suficientemente valiosos y merecedores de la tutela que les otorgará el ordenamiento y en consecuencia, no se limite el ejercicio de los derechos fundamentales. Cuando hablamos de ordenamiento nos referimos a la Constitución, a las normas primarias (normas con valor de Ley), a las normas *secundum legem* (reglamentos), a la jurisprudencia y a los principios jurídicos, como son, según Beladiez Rojo, el principio de seguridad jurídica, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de igualdad.

Dicho ello, debemos indicar que el principio de legalidad así descrito y en rigurosos términos de forma, no se distinguiría en lo más mínimo del principio de legalidad tal como se le entiende en el derecho penal, tributario, y constitucional, en lo que a la “reserva legal” y a la sujeción, en general, al ordenamiento por parte de la Administración pública en cuanto persona jurídica. De este modo, creemos que tal idea de principio de legalidad no cerraría el cerco del todo en cuanto a la preservación de las

garantías de los administrados se refiere. La reserva de Ley no es ninguna novedad y tampoco lo es el carácter mandatorio, preceptivo o vinculante de la Ley y el Reglamento. No puede pretenderse reducir todo a una operación de positivización. Cómo no, la positivización es de la mayor importancia, pero estamos viendo cómo los principios, y con ellos la doctrina y jurisprudencia, han ido construyendo un Derecho procesal administrativo bastante decente y presentable en Latinoamérica. De lo que se trata en definitiva, y nos adelantamos un poco, es que, dado el principio de legalidad, exista o no exista una vinculación entre la Administración y el Derecho y con este el ordenamiento jurídico como un todo, aquella pueda actuar exclusivamente para la satisfacción de los fines de interés público.



Así las cosas y parafraseando al profesor de Trazegnies, los operadores jurídicos, esto es,

administrados, Administraciones públicas, jueces, Tribunales administrativos y abogados publicistas, tienen pues, una tarea pendiente que en modo alguno supone encontrar verdades absolutas, sino defender sus intereses, visiones y perspectivas que como efecto del conflicto, permitirán el avance del Derecho procesal administrativo y que de esta manera este se desenvuelva con miras a la consecución de los fines de interés público garantizando a su vez los derechos fundamentales de los administrados y sobre todo cautelando la dignidad de estos conforme al artículo 1 de la Carta de 1993. Como bien dice Milagros Maraví (2011:114): “Sin embargo, como parece obvio — pero a veces no se asume como tal—, la aprobación de normas no cambia la realidad.” En todo caso, y en lo que se refiere al principio de legalidad, diremos que existe un *plus*. Y sobre él volveremos.



Retomando la cita de Brewer Carías y como sustento de esta, bien dice Orbegoso Silva (2020:202) que, “Al respecto, podemos afirmar que para la mayoría de la doctrina el principio de

legalidad significa precedencia de la ley en la creación del Derecho, esto es, que el principio de legalidad, en su sentido más genérico, consiste respecto de la Administración Pública en la plena sujeción de ésta a la ley.”

Tal no es la opinión de Beladiez Rojo (2000:320) quien, aun cuando refiriéndose al Derecho español nos puede dar algunas luces, sostiene que, “En mi opinión, sin embargo, no es posible atribuir tal significado al principio de legalidad. Esta necesidad de norma previa que fundamente toda actuación administrativa no puede deducirse, como sostiene buena parte de la doctrina, de los artículos 9.1 y 103.1 CE. En estos preceptos lo único que se establece es el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho o al ordenamiento en general, *pero de ello no cabe deducir que esté positivamente vinculada a la legalidad y que, por tanto, solamente pueda actuar si existe previamente una norma, cualquiera que sea su rango o carácter, que la habilite específicamente para ello. Es claro que los ciudadanos estamos también sometidos a la ley y al Derecho (el art. 9.1 CE se refiere a los poderes públicos, pero también a los ciudadanos) y, en cambio, no*

necesitamos una norma previa que nos autorice para actuar.” (Las cursivas son nuestras)

Por nuestra parte pensamos que en efecto cabe hacer un deslinde: una situación es que la Administración se encuentra sujeta a la Ley y al Derecho, como cualquier persona natural o jurídica, y otra muy distinta es que para que aquella actúe debe ser positivamente y previamente autorizada por el ordenamiento, o si se quiere, por el bloque legal.

Cassagne (2011:32) sí alude al principio de legalidad en cuanto a la perspectiva que a nosotros interesa. De esta manera este autor indica que, “La competencia constituye un requisito esencial que transforma a la validez de los actos y demás actuaciones comprendidas en un procedimiento administrativo. No se configura como un límite externo a la actuación de los entes u órganos administrativos, sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración pública con el ordenamiento jurídico. Esa vinculación positiva deriva del principio de legalidad, de raíz constitucional y legal, que predica que la competencia surge de principios y normas que integran una escala jerárquica compuesta por la Constitución, la ley o el reglamento”.

En la misma línea, el autor chileno Kamel Kazor Aliste (1997) precisa que, "Por principio de legalidad debe entenderse la vinculación de los diferentes poderes del Estado a la ley; a esa ley que ha sido elaborada por la representación popular asentada en el Parlamento. Sólo en su referencia a dicha norma encuentran, pues, tales poderes la condición -entendida aquí, en su doble acepción, a la vez como "fundamento" y como "condicionamiento"- de su capacidad de actuar. "De este modo, el principio de legalidad es, al mismo tiempo: 1) *un principio de legitimidad*, en cuanto que su actuación queda apoyada así en un Derecho democráticamente consentido, y 2) un *principio de limitación formal o jurídica*, en cuanto que su actividad halla en dicho Derecho la frontera del obrar legítimo". Es decir, en el primer caso estamos hablando del criterio de *vinculación positiva* y en el segundo sobre la *vinculación negativa*.

Como luego veremos lo afirmado Kazor Aliste no es rigurosamente exacto.

Santos Rodríguez (2006:174) por su parte define el principio de legalidad del modo siguiente:

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



Repasemos un poco la historia de la institución que hoy nos ocupa citando a MARGARITA BELADIEZ ROJO (2000:315-316) cuando señala que, “La doctrina de la vinculación positiva encuentra su fundamento en uno de los postulados político-ideológicos que formularon los ilustrados y del que se valieron los

revolucionarios franceses para construir un nuevo Estado. Se partía de la consideración de que el único poder legítimo era el que derivaba de la propia Ley. (...) Esta idea llegó a encontrar un apoyo normativo en los textos de la época que, al configurar la actividad administrativa como mera ejecución de ley, establecieron (con rango constitucional) la exigencia de que toda actividad administrativa debe encontrar su fundamento en una previa habilitación legal y, con ello, lo que ahora se conoce como doctrina de la vinculación positiva. Frente a esta concepción democrática del poder que se deriva de la Revolución francesa, se encuentra la tesis de la vinculación negativa. Con ella pretendía justificarse un margen de libertad del monarca ante la Ley que el liberalismo originario o radical le negaba. Según propugnaban los defensores de esta tesis, el poder originario era el del monarca, por lo que la Constitución no era más que una concesión de éste (Constitución otorgada) en virtud de la cual autolimitaba su poder. De ahí que, al no ser esta norma más que un límite negativo al poder del Rey, se consideraba que todo aquello que no se reservara a la Ley era de su única competencia. Por esta razón, siempre se ha entendido esta

teoría como una expresión del «principio monárquico».

Santos Rodríguez (2006:173) reseña la historia del principio de legalidad del modo siguiente:

Según noticias de ZAGREBELSKY, en la construcción inicial del principio de legalidad formulada por la doctrina alemana, la técnica de ejecución de este principio determinaba que ante la ausencia de leyes que delimitasen las potestades de la Administración, se confería a ésta la posibilidad de perseguir sus propios fines. Se trataba de una vinculación negativa de la Administración a la legalidad, en virtud de la cual la Administración podía hacer “no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe”. Entonces, la vinculación negativa de la Administración a la legalidad significa que ésta simplemente opera como un límite externo a la libertad de determinación de aquélla, quien puede aprovechar los espacios libres de derecho para realizar todas las actuaciones necesarias para conseguir los fines por los cuales existe. Además, según los defensores iniciales de esta tesis, propia del dualismo monárquico, el príncipe ostentaba un poder originario que le correspondía por derecho

propio y no como atribución del derecho positivo, de tal forma que la sujeción al bloque de legalidad no era nada distinto que una autolimitación a ese poder originario, de tal forma que debía ser simplemente negativa.

Continúa la cita:

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

legislativo que a ello la habilite, puede la autoridad administrativa tomar cualquier clase de medidas respecto de cualquier clase de objetos”. (...) “Esta particular manera de entender la forma en que la Administración se vincula a la legalidad encuentra su fundamento en el monismo parlamentario como modelo del Estado francés revolucionario y en la consecuente idea de la ley como expresión de la voluntad general, con una posición de absoluta superioridad en el ordenamiento, que obligaba a que toda forma de acción administrativa, como forma de ejecución de la ley, debía estar previamente prevista o autorizada en una ley del parlamento soberano; se trata pues, de una consecuencia de la concepción de la Administración como simple ejecutora de la ley”. (2006:175)



Cassagne (2011) sostiene que, el principio de la especialidad se impone como una regla interna de los entes u órganos, la cual predica que los entes, una vez creados, poseen aptitud de *dictar aquellos actos vinculados con el cumplimiento de*

sus fines fundamentales para hacer todo lo que no se halla expresamente prohibido—según el principio ontológico de la libertad—. A su turno, la especialidad también encuentra fundamento en el *principio de eficacia*, cuyo principal límite se halla en la ley y en la interdicción de arbitrariedad. (Las cursivas son nuestras)

No deja de tener importancia el aserto de nuestro autor. Relativiza la aplicación del principio de legalidad en su acepción rigurosa. Y es que estamos hablando de competencias “implícitas” que se activan bajo cuatro condiciones: que no sean *contra legem*, imponiendo gravámenes a los administrados, que la materia correspondiente no se encuentre sujeta a reserva legal, que no limite los derechos fundamentales de los ciudadanos y que el ejercicio de la competencia tenga por finalidad fundamental la que corresponde a su vez a la Administración pública de que se trate. Teniendo en mente estas cuatro condiciones, la Administración pública podrá dictar todos los actos que resulten necesarios para su actuación de naturaleza administrativa. De este modo,

poco queda de la proverbial “vinculación positiva” entre Administración pública y ordenamiento jurídico. Cassagne lo dice de manera clara: “dictar aquellos actos vinculados con el cumplimiento de sus fines fundamentales para hacer todo lo que no se halla expresamente prohibido”.

En alguna medida vinculado con lo dicho en el párrafo precedente, Brewer Carías (1998:35-36) redondea la idea afirmando que, en esta forma, *el principio de la eficacia* implica el principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, *a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad. Este tema del logro del fin, en efecto, es el que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento. El fin, vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y al interés del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible.* (Las cursivas son nuestras)

Así, pues, para nosotros queda claro que siempre y cuando y aunque no le hubiese sido atribuida positivamente la competencia, si el proceder del órgano está dirigido directamente a la satisfacción de las finalidades fundamentales para las cuales fue diseñado y el acto no está prohibido, tampoco limita el ejercicio de los derechos fundamentales del común de los ciudadanos, ni se encuentra sujeto a reserva legal, es dentro de este contexto que el acto será perfectamente válido y vigente. Reiteramos, no habrá necesidad de una atribución positiva de competencia a favor del órgano. Mientras el órgano cumpla, entre otros requisitos, sus funciones acordes con las finalidades cuya satisfacción le ha sido atribuida por el ordenamiento, tal acto será válido y vigente. Estamos, pues, frente a una vinculación negativa. Esto es, la dación del acto no está prohibida ni está habilitada por el legislador y el órgano actúa para la satisfacción de sus finalidades que son, asimismo, en beneficio del interés general y su razón de ser. Además, el acto no debe agraviar la esfera jurídica del común de los ciudadanos. Más aun, serán inválidas las

actuaciones que sean limitativas de derechos fundamentales.

Es decir, y esto no es ninguna novedad, la competencia nace de la existencia y ulterior consecución o satisfacción de las finalidades fundamentales así aquella no haya sido expresamente atribuida.

Tal es también el parecer de Beladiez Rojo (2000:328-329). La autora manifiesta que, “Por todo ello considero que esta conexión con el interés general constituye la vinculación mínima y necesaria que todo acto de la Administración debe tener con el Derecho para que esa actuación pueda considerarse conforme al ordenamiento jurídico y respeta: - así la exigencia que deriva del principio de legalidad y, en última instancia, del principio de juridicidad. En nuestro Derecho la norma que establece que la Administración actúa en beneficio del interés general — norma que tiene incluso una consagración constitucional constituye el vínculo positivo que la Administración nunca podrá desconocer, ya que en tal caso habría vulnerado no sólo el principio de legalidad

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

Además, Beladiez Rojo (2000:330) afirma que, *“De todo lo expuesto se puede concluir que la Administración puede actuar, aunque no exista una norma que expresa y específicamente la habilite para ello si su actuación persigue una finalidad de interés general y no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que le*

prohíba realizar esa actividad.” (Las cursivas son nuestras)

Pero hay más: la misma autora (2000:348-349) precisa que, “De este modo, excepto en materia de derechos fundamentales, en los demás casos no es posible establecer reglas generales que nos permitan conocer a priori en qué supuestos es preciso que la actuación de la Administración se encuentre previamente regulada por una norma y cuándo puede actuar sin que exista esta norma previa. Sólo atendiendo a las circunstancias del caso concreto podrá apreciarse si existe algún principio jurídico del que se derive el deber de regular previamente la actividad de la Administración antes de que lleve a cabo actuaciones concretas o si, por el contrario, la Administración puede actuar sin que exista norma previa que específicamente regule su actividad. *En este último caso, y siempre, claro está, que no exista ninguna norma que le prohíba realizar esa actuación, la Administración podrá actuar con la única exigencia de que sus actos persigan un fin de interés general.* De ahí que en estos

supuestos en los que la Administración actúa sin norma previa que específicamente regule su actuación, la causa del acto se convierte en el vínculo jurídico que une su actuación con el ordenamiento. Todo acto que no responda a esta finalidad es contrario al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, infringe el principio de legalidad. *Por el contrario, si tiene su causa en servir el interés general y no existe ninguna norma que prohíba a la Administración realizar esa actuación, el acto será conforme a Derecho y, por tanto, respetará el principio de legalidad*". (Las cursivas son nuestras)

Otro aporte, esta vez hecho por Santi Romano, citado por Santos Rodríguez (2006-173), oponiéndose a la aplicación del concepto de función ejecutiva a la Administración pública, alegando para el efecto que ésta no se limita ni tiene por misión específica una simple ejecución de la ley, por el contrario, puede que sus actuaciones superen ampliamente este ámbito, pero tendrán siempre como limitación, en el Estado de derecho, que se realicen dentro de los límites de la

legalidad, *esto es, que no transgredan los postulados normativos.* ROMANO concluye que, si la Administración tiene como finalidad la satisfacción de los intereses públicos, ésta podría hacer uso de una iniciativa que rebasa el simple concepto de ejecución de la ley; no obstante, esta finalidad debe lograrse dentro de los límites de la legalidad, que operará, entonces, como una barrera externa a la actividad administrativa. *Se trata de una muestra evidente de la vinculación negativa a la legalidad ya no basada en razones políticas sustentadas en el poder originario del príncipe, sino en razones técnicas basadas en las características y finalidades propias de la Administración pública.* (Las cursivas son nuestras)

Santos Rodríguez (2006:174-175) por su parte, precisa que, modernamente, es relativamente pacífica en la doctrina la aceptación de esta vinculación positiva a la legalidad por considerar que mediante ella se logra una verdadera sumisión de la Administración a la legalidad y, por ende, un mejor control de la misma. Sin

embargo, esta aceptación moderna no puede ser bienvenida tan fácilmente, pues, como lo ha reconocido la doctrina, “la formulación de estas teorías tiene su origen, por tanto, en un momento histórico determinado y es en ese contexto donde las mismas encuentran su verdadera significación”, de tal forma que no pueden ser aplicables a la realidad actual del principio de legalidad”. En este sentido, cita Santos Rodríguez a LUCIANO PAREJO cuando este señala que la aceptación pacífica de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad tiene como problema fundamental que desconoce y riñe con la realidad, “que desde siempre y también ahora se ajusta con toda normalidad al modelo de vinculación negativa”.

Qué lejano se escucha lo que manifestaba Merkl (García de Enterría & TR Fernández, 2001 (438-439): “No solo la Administración, considerada en su conjunto, por la existencia de un Derecho Administrativo, *sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un*

precepto jurídico-administrativo que admita semejante acción (...). Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". (Las cursivas son nuestras)

En igual sentido, Ballbé (García de Enterría & TR Fernández, 2001:440) señala que la conexión necesaria entre Administración y Derecho implica que toda acción administrativa concreta, si quiere tener certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y solo en la medida que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico que pueda derivar de él, puede tenerse como tal acción administrativa válida. Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún

precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición.

Sin duda alguna entendemos que existe una distancia considerable entre aquellos autores que se amparan en el principio de eficacia y en “razones técnicas”, y aquellos otros autores que en su planteamiento tienen como elemento basilar la postura rigurosa y positivista de Merkl. En este contexto, para los primeros bastará que el acto sea válido si es que no existe reserva legal, que la dación del acto no esté prohibida, asimismo que la finalidad del acto sea beneficiar el interés general y que no se limiten los derechos fundamentales. Para los segundos cada acto que se dicte debe necesariamente y de modo singular estar previsto en la Ley. De no darse ese expresa habilitación la actuación no podrá ser considerada como “administrativa”. Aquí cabe pues, reiterar lo ya manifestado: “Poder no otorgado es poder denegado”.

Santos Rodríguez (2006:177), como ya se habrá notado, adopta una posición

ecléctica, la misma que compartimos. El autor colombiano dice que:

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



De otro lado, es de citar la Sentencia del Tribunal Supremo Español (STS de 7 noviembre de 2009, FD 3) aludida por JORGE FERNÁNDEZ-MIRANDA (2015:246) y cuyo texto es: «una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo podría actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. *Sin embargo, hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor*

se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir». (Las cursivas son nuestras)

Sin embargo, el autor citado (2015:247) manifiesta que, “Consecuentemente, la falta de habilitación legal debe ser entendida en relación a la remisión expresa de la ley al reglamento local para su efectivo desarrollo. Ésta y no otra puede ser la consecuencia directa de la autonomía local y del plus democrático que viene a caracterizar al reglamento local emanado del Pleno. Ahora bien, ello no significa que siempre sea así y, en lo que ahora nos interesa, que el reglamento local no deba respetar la ley, puesto que su ejercicio no podrá contradecir ni vulnerar la legislación que pudiera existir. Extremo éste especialmente significativo

en cuanto a la limitación y delimitación del ejercicio de la potestad reglamentaria local. Máxime si pensamos en el verdadero alcance que la vinculación negativa puede llegar a tener sobre la mencionada habilitación legal. (FERNÁNDEZ-MIRANDA, 2015:247)

Al respecto, cabe hacer un deslinde. Esta autonomía de los entes locales de España es de carácter competencial pero bastante mediatizado. La Ley, sin agotar la regulación, bien podrá autorizar al ente local el desarrollo de ciertas materias. Asimismo, entendemos que habrá materias que tendrán el carácter de privativas de los entes locales y cuyo desarrollo será competencia de estos. Sin embargo, ello no será obstáculo para que el Estado dicte Leyes de base o principios, de modo espontáneo, sobre materias que sean competencia del ente local. La Constitución de España reconoce autonomía a los entes locales. Los entes locales, sin embargo, no pueden contradecir las leyes dadas por el Estado. De otro lado, los entes locales no estarán forzados a que la Ley regule la materia de

que se trate, para recién a partir de ese momento, dictar el reglamento. Ello configuraría una vinculación positiva, la misma que hoy por hoy, como vemos, está relativizada.

Además, y, sin embargo, Fernández Miranda (2015:250) indica que, “Siendo la ley superior jerárquicamente, al mismo tiempo debe estar ajustada a la Constitución, respetando el ámbito institucional y competencial de las entidades locales”. Como dijimos nosotros, se trataría de una relación competencial bastante mediatizada o relativizada. La idea de jerarquía se diluye. Pero aún está ahí.



Barnes (2011:92) señala que las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio —la creación de reglas sustantivas a cargo del legislador primero, y, más tarde, su aplicación confiada a la administración— parecen desdibujarse en

numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir, en consecuencia, la acción administrativa en los términos en que tradicionalmente era concebida esa vinculación o sometimiento. En tantos casos, la administración ya no encuentra en la ley la receta a aplicar. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que hayan de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, por dónde, en qué forma y con qué usos constructivos ha de crecer la ciudad, o qué determinaciones se han de adoptar para asegurar la competitividad de un concreto mercado de las telecomunicaciones, por poner algunos ejemplos, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Entre otros mecanismos, el legislador establece procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, a través de los cuales dirige a la administración y asegura la

búsqueda de la solución más adecuada. La administración —los bancos centrales, la agencia europea del medicamento, el organismo regulador en materia de telecomunicaciones o energía, o la administración medioambientalmente responsable, por ejemplo— adquiere, en consecuencia, una mayor responsabilidad y protagonismo, puesto que su papel se aleja de la mera ejecución de una previa ley material que programe y predetermine su acción en términos condicionales —si concurre tal presupuesto de hecho, la acción a tomar o consecuencia habrá de ser la específicamente determinada—. (Barnes, J, 2011:92)

En efecto, la Ley ha perdido una parte de su virtualidad normativa la misma que constituía su columna vertebral y era, por qué no, el sustento del principio de legalidad. Esto es, la Ley además de atribuir de modo detallado las competencias de la Administración pública bien podía todavía, sentar algunas bases a fin de sustentar el ejercicio de tales competencias y con ello establecer principios que vinculaban positivamente a

la Administración pública. Sin embargo, hoy por hoy existen una serie de materias que van más allá del alcance del legislador. Estamos hablando de temas altamente especializados, como es el medio ambiente, la cautela de la moneda, las telecomunicaciones, la zonificación, el saneamiento, los servicios públicos en manos de privados, los intereses respectivos de las Administraciones públicas territoriales, la materia de los organismos regulatorios, etcétera. Más que un impedimento jurídico, estamos frente a un límite en términos prácticos. De esta manera, el acto administrativo que se dicte, no será única y exclusivamente ejecución de la Ley, sino notablemente de los reglamentos dados por las diferentes Administraciones públicas.

Según Orbegoso Silva (2020:201:202), citando a Parejo, y aun cuando refiriéndose al problema desde otro enfoque, precisa que, "(...) como ya ha sido puesto en evidencia, es inevitable que se produzca el crecimiento de la actividad administrativa, lo cual, ha llevado a que se produzca "un traslado del centro de

gravedad de las decisiones desde el clásico poder –el parlamento- al ejecutivo y, en definitiva, a la Administración” la que muchas veces tiene que actuar sin tener una habilitación legal o teniéndola, ésta carece de suficiente detalle como para enmarcar su actividad en sus términos tradicionales. Ello, lejos de ser un dato sin importancia, crea no sólo dudas respecto de la separación de poderes, sino, sobre todo, respecto del principio de legalidad al que está sometida la actuación de la Administración pues estas nuevas demandas le exigen actuar en un campo que no encuentra respuesta en la configuración clásica del mismo.”

Retomemos. Lo mismo podrá decirse de los reglamentos. Por las razones expuestas, un montón colosal de materias no podrán ser reguladas íntegramente por el legislador. *De ello derivará la necesidad que se configure una vinculación negativa entre el reglamento de que se trate y el ordenamiento jurídico.* En el más arduo de los casos podrá la ley de organización y funciones de la Administración pública,

otorgar de modo genérico la potestad normativa, en este caso reglamentaria. Pero para nosotros ello no basta si estamos en el caso de una reserva de Ley. Y, asimismo, creemos firmemente que si estamos frente a reglamentos que afecten la esfera jurídica del común de los ciudadanos, que regulen materias sujetas a reserva legal, que no estén dados en beneficio del bien común, o que limiten el ejercicio de los derechos fundamentales; la dación de cada uno de esos reglamentos deberá ser singularmente habilitada por el legislador. De otro modo, tendríamos que allanarnos frente al criterio de vinculación negativa, ya que el mismo, y esto se debe decir, rompe frontalmente la sistematicidad del ordenamiento jurídico y bien podría agraviar la esfera jurídica de los ciudadanos. Y finalmente, aclaramos que el asunto que estamos tratando no afecta en absoluto lo aquí escrito sobre los “reglamentos independientes”. De otra parte, es de indicar que en el caso de las relaciones de sujeción especial y materia autoorganizativa el procedimiento no es tan riguroso.



Con relación a los “reglamentos independientes” estos deben deslindarse claramente de los “reglamentos autónomos”. *Supra*, ya hemos explicado extensamente el mecanismo de actuación de los reglamentos independientes. En cuanto pieza de contraste, el reglamento autónomo cuenta con un ámbito de materias a regular. Tal ámbito de materias le es otorgado por la Constitución, sin intermediación de la Ley. Son materias que exclusiva y excluyentemente corresponde regular al reglamento autónomo. La Ley no puede regular las materias así asignadas al reglamento autónomo. Tampoco lo puede hacer el reglamento independiente. Como efecto de esto, los reglamentos autónomos estarán directamente subordinados a la Constitución y su relación con la Ley será de naturaleza competencial. En suma, los reglamentos autónomos serán normas primarias. Los reglamentos autónomos,

además, son diseñados en la Constitución francesa de la V República (1958) y en la vigente Constitución chilena.



En lo que se refiere al Derecho patrio el artículo 118 (8) de la Carta 1993 dispone que corresponde al Presidente de la República, “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. La pregunta se cae de madura. ¿Es este artículo constitucional suficientemente habilitador para que el Presidente de la república pueda de *motu proprio* reglamentar cualquier Ley que sea dada? Al respecto, es de indicar que las materias que regulan las Leyes están sujetas a reserva, sea material o formal, y, por lo tanto, al existir la reserva, la materia de que se trate es privativa y exclusiva del legislador. Así las cosas, y por más que el Presidente de la República dirija la política general de gobierno, a efectos de

reglamentar la Ley le será imperioso que el legislador, siguiendo el principio de legalidad, le habilite y autorice para tal efecto. Singularmente. Caso por caso. No basta la habilitación genérica que prevé la Constitución. Pues, reiteramos que se trata de Leyes cuyo contenido configura materias reservadas al legislador. Este razonamiento tiene su lógica y para su ejecución basta que el legislador en las disposiciones transitorias de la Ley de que se trate disponga que autoriza y corresponde al Presidente de la Republica reglamentar la Ley de que se trate requiriendo además el refrendo de determinado Ministro o del Consejo de Ministros.



Según el artículo 43° de la Constitución, La República del Perú es democrática, *social*, independiente y soberana. (Las cursivas son nuestras)

Esa naturaleza “social” contenida en la definición dada, supone que la Administración pública cumpla con prestaciones a favor de los más vulnerables de la población. Es por ello que existen programas sociales de ayuda como Juntos, Pensión 65, Contigo, Bonos para arrendamiento, Techo Propio, etcétera. En tal contexto, es de notarse que estamos ante una Administración que no corresponde al Estado liberal o gendarme. Parte de las obligaciones de la Administración (Ministerio de la Mujer, MIDIS) es pues brindar ayuda, como dijimos, a los sectores más vulnerables. Dado ello, nos queda claro que el esquema clásico del principio de legalidad deberá pasar por un proceso de *aggiornamento*. Y Orbegoso Silva (2020:206) ha captado de modo esplendido tal nuevo escenario. Esta autora nos dice:

“La actuación prestacional de carácter social es una forma de actuar de la Administración Pública que se incluye dentro del concepto de actuación material a cuyo estudio la doctrina administrativa

no ha prestado especial atención porque no es considerada como actuación administrativa en sentido estricto y por tanto no se le aplica el Derecho Administrativo. Sin embargo, ello causa cierta preocupación al tratarse de una actuación que tiene como sujeto activo a la Administración Pública, que es poder que necesita ser limitado; y, asimismo, por tratarse de actuaciones que inciden en la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales. En suma, porque se trata de un supuesto que con su sola descripción llama a una serie de cuestionamientos cuando de la persona y de sus derechos fundamentales hablamos”.

Considerando lo dicho, Orbegoso Silva (2020:206) sostiene que hoy ya no podemos afirmar de manera general el sometimiento positivo de la Administración a la ley partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico. La crisis de la vinculación total de la Administración Pública a la Ley proviene de la superación de su función

garantizadora (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.) a la asunción de funciones de gestión directa.

La misma autora (2020: 206-207) agrega que todo lo antes mencionado, por un lado, nos lleva a cuestionarnos respecto de la vigencia del principio de legalidad al que debe estar sometida toda la Administración Pública y que viene exigido desde la Constitución; y por otro, al consecuente riesgo que este tipo de actuaciones puede conllevar para con los derechos fundamentales.

Al respecto, Santos Rodríguez (2006:175-176) indica que, El contenido del principio de legalidad ha evolucionado al punto de que hoy en día no es posible razonar partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico: en primer lugar, no se puede afirmar tajantemente que las actividades privadas siempre son lícitas a menos que se encuentren expresamente prohibidas en la ley, ni que la acción de la Administración siempre debe estar predeterminada por la ley, *esto como consecuencia de la realización de tareas*

de gestión por parte de la Administración, así como producto de su intervención en la economía en materias de importante connotación social en los modernos Estados sociales de derecho (...) En efecto, en cuanto al punto que nos interesa ahora, debido a la importante carga de tareas que supone para la Administración la aparición del modelo del Estado social de derecho, Administración que ocupa sin duda un lugar preponderante, como la verdadera protagonista de la acción del Estado para dar vigencia a las finalidades propias de esta forma de Estado, es necesario aligerar las cargas para obtener una actuación eficaz de ella, es decir, resulta indispensable reducir la rigidez de la vinculación a la legalidad para permitir una mayor *eficacia* en la solución de los problemas que el Estado social de derecho confía al aparato estatal encabezado por la Administración. No obstante, consideramos que tampoco puede aceptarse de manera absoluta la vinculación negativa de la Administración a la legalidad, por dos razones constitucionales: la primera de ellas se refiere a la necesidad de autorización legal

(en sentido estricto) que existe respecto de los actos que limitan la esfera jurídica de los administrados, es decir, para que la Administración puede realizar un acción con eficacia ablatoria es necesario que el legislador la autorice previamente, pues puede decirse que existe una cierta reserva de ley en cuanto a los actos desfavorables al administrado. *Esta prohibición de expedición de actos con eficacia ablatoria sin una previa autorización legal es consecuencia de una posición tradicional que desde siempre ha sostenido la reserva de ley para los actos de intervención, basada específicamente en la necesidad de respeto a la libertad y la propiedad, posición que se mantiene vigente en la actualidad en buena parte de los países europeos. (Las cursivas son nuestras).*

Aceptar absolutamente la vinculación positiva implicaría desconocer las necesidades de acción de la Administración que impone la realidad, que impone el Estado social de derecho, haciéndola excesivamente rígida en la medida en que la solución de los

problemas sociales que enfrenta el Estado comúnmente siempre requeriría de la intervención legislativa; además esta intervención debía ser extremadamente precisa, lo cual riñe con las características modernas de la ley, que más bien se ocupa de formular estrategias de acción que debe ejecutar la Administración. (Santos Rodríguez: 2006:177)

Por nuestra parte podemos concretizar nuestra posición respecto a esta materia indicando que el principio de legalidad no puede ser más aquilatado ni recibir el tratamiento que se le brindó desde tiempos decimonónicos. Tal principio de legalidad ha reulado debido a dos factores fundamentales:

A) La alta especialización que demanda regular determinadas materias. Esto es, materias que están más allá de la capacidad y conocimientos del legislador para ser reguladas. Se configuraría entonces una deslegalización de materias por así llamarlas, de naturaleza compleja.

B) La Administración en cuanto proveedora de prestaciones a favor de sectores vulnerables de la población. En definitiva, el principio de legalidad (clásico) no resulta idóneo para guiar u orientar el proceder de la Administración en este contexto. Esta idea la desarrolla muy bien Orbegoso Silva (2020:208):

“Con el paso del Estado de Derecho al Estado Social, se han generado nuevas obligaciones para el Estado que implican actuaciones positivas materiales que se enmarcan en el orden jurídico vigente. La Administración Pública, brazo ejecutor del Estado, a su vez ha cambiado, pues ha dejado de ser sólo un ente encargado de velar por un orden, una Administración de Policía, a ser una Administración encargada de ejecutar las prestaciones a los ciudadanos, una Administración Prestadora.”

En esa misma línea se pronuncia JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ (2006:171) cuando manifiesta lo siguiente:

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

El mismo autor (2006:172) manifiesta que, vale la pena preguntarse si cuando estamos frente a un Estado social de derecho, continúa siendo válida la afirmación de que el principio de legalidad es uno de sus elementos esenciales, o si por el contrario la variación del modelo de Estado se traduce en la desaparición de los elementos constitutivos del viejo Estado de derecho. La respuesta a este cuestionamiento es proporcionada por la misma Corte Constitucional de Colombia, quien ha manifestado que la aparición del Estado social de derecho no implica la desaparición del Estado de derecho, sino simplemente su complementación en el sentido de añadir el ingrediente “social”, *que se traduce, entre otras, en la asunción por parte del Estado, en especial por parte de la Administración pública, de nuevas obligaciones que tienen como propósito principal que los presupuestos materiales de la dignidad, la libertad y la igualdad material para todos estén efectivamente asegurados. En consecuencia, podemos afirmar que no*

existe duda de que el Estado social de derecho también incluye entre sus elementos esenciales al principio de legalidad. (Las cursivas son nuestras).

Santos Rodríguez (2006:173) plantea resolver el asunto de si la sujeción al bloque de legalidad es positiva o si, en cambio, es negativa, es decir, resolveremos la pregunta de cómo se somete la Administración al bloque de legalidad. En otras palabras, cuando hablamos de técnicas de sujeción nos referimos a la cuestión de si la Administración en su actuación debe estar completamente predeterminada por una norma legal, o si en cambio el bloque de legalidad simplemente delimita desde el exterior la acción de la Administración.

Tomando en cuenta lo escrito en los literales precedentes, no debemos dejar de lado el principio de eficacia y el principio de razones técnicas. Esto es, que aun cuando no le haya sido positivamente atribuida la competencia al órgano de que se trate, este podrá actuar si es que lo hace para la satisfacción de los fines de interés general que el ordenamiento jurídico le

ha trazado, que la dación del acto no esté prohibida y notablemente, que el acto no sea limitativo de los derechos fundamentales. Estamos, pues, frente a competencias implícitas que nacen de los fines del organismo, y como ya lo hemos dicho, la competencia nace del interés general que se suscita. Creemos que la “Administración prestacional” encaja bien en este supuesto, siempre y cuando no agravie el ordenamiento transgrediendo o desnaturalizando la Ley con su proceder, ni restrinja la libertad y derechos fundamentales en general del común de los ciudadanos y notablemente que su actuación sea realmente administrativa, esto es, que satisfaga las necesidades de interés general.



Finalmente, hacemos nuestra la siguiente conclusión esbozada por Santos Rodríguez (2006:178):

“(…) en lo que tiene que ver con las actuaciones de la Administración diferentes a aquellas limitativas de derechos y libertades, ella goza de

un margen muy amplio, pues podrá realizar toda suerte de actos, aunque los mismos no se encuentren previstos en la ley, o aun en el reglamento, siempre y cuando esos actos tengan como finalidad directa la satisfacción del interés general, que es la finalidad constitucional de la actuación de la Administración; que no se encuentren prohibidos por alguna norma superior que debe ser respetada por la respectiva actuación administrativa, y que se respeten los mínimos elementos reglados que tiene todo acto administrativo (competencia, motivos y fin). Además, tales actos deben estar motivados, y esa motivación debe basarse en hechos reales y demostrables.”

BIBLIOGRAFIA

Barnes Javier (2011) “Tres generaciones del procedimiento administrativo”. En: Derecho PUCP, N° 67, 2011.

Beladiez Rojo, M. (2000) “LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO”. Revista de Administración Pública Núm. 153. Septiembre-diciembre 2000

Brewer-Carías, A. (1998) LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y EFICACIA EN LAS LEYES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN AMERICA LATINA* Allan R. Ponencia para las IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Caracas, noviembre 1998

Brewer-Carías, A. (2011). La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444). *Derecho PUCP*, (67), 47-76.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.002>

Cassagne, J, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) En: *Derecho PUCP*, N° 67, 2011”

FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge (2015) “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, LA VINCULACIÓN NEGATIVA Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA LOCAL”. En: Revista de Administración Pública 246 núm. 196, Madrid, enero-abril (2015), págs. 229-269

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Madrid: Civitas.

Kazor Aliste, K. (1997) “PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CRITERIOS DE VINCULACION POSITIVA Y NEGATIVA EN LA CONSTITUCION”. En: Revista de Derecho, Vol. VIII, diciembre 1997, pp. 91-96. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/html/revider/v8n1/body/art05.htm>

Maraví, M, (2011) “Avances a los diez años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Derecho PUCP, N° 67, 2011

Orbegozo Silva, M, (2020) “El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho”. En Revista IUS ET VERITAS N° 60, mayo 2020

SANTOS RODRÍGUEZ JORGE ENRIQUE. La transformación de la vinculación de la Administración pública a la legalidad. *Revista Derecho del Estado* [en línea]. 2006, (18), 171-182. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630227009>