

El principio de legalidad y las actuaciones de emergencia

por

JOSE LUIS GONZALEZ-BERENGUER Y URRUTIA

Doctor en Derecho y en Ciencias Políticas.

Secretario del Ayuntamiento de Hernani (Guipúzcoa).

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *El problema de la extensión del bloque de la legalidad.*—III. *El problema de la interpretación de qué debe entenderse por conformidad con las normas previas:* A) Principio general. B) Las diversas clases de actos de la Administración: a) La actuación de la potestad normativa. b) La actuación material.—IV. *La actuación administrativa en los casos de emergencia.*—V. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO

Pocas cosas preocupan tanto al jurista como el argumento manejado por muchos frente a ese prodigio de espiritualidad y de cultura que es el Derecho, y que consiste en decir que la actuación *secundum jurem* es ineficaz frente a la rapidez y el éxito que logran las decisiones adoptadas al margen del Derecho.

Un aspecto de este planteamiento es el pleito democracia versus eficacia. Ni que decir tiene que es el que usan para justificarse (justificación, al fin y al cabo, otro homenaje rendido al Derecho) esa manifestación del colmo de lo antijurídico, que son las dictaduras.

Nosotros vamos a estudiar un aspecto del intento de conjunción de Derecho y eficacia establecido en la Ley de Régimen local en contemplación a las situaciones de emergencia; y vamos a ver cómo en tales casos puede, a pesar de todo, quedar inviolado el principio de legalidad, o exigencia básica en el Estado de Derecho,

en cuya virtud una acción administrativa cualquiera ha de estar apoyada siempre en una norma previa de rango suficiente. Vamos a ver en qué medida la actuación del Alcalde sigue siendo legítima cuando actúa ante situaciones no previstas en concreto por la ley.

Estudiaremos para ello, qué quiere decir el principio cuando habla de acción apoyada en norma previa. Y ello en sus dos aspectos, es decir: qué debe entenderse por norma, y qué debe entenderse por «apoyarse en la norma», si el seguirla literalmente, sin poder obrar fuera de sus previsiones, o solamente el no contradecirla, pudiendo obrar libremente, fuera de sus prohibiciones.

II. EL PROBLEMA DE LA EXTENSION DEL BLOQUE DE LA LEGALIDAD

Recientemente ha salido de nuevo a la palestra este problema, señaladamente en una discusión mantenida por los profesores EISENMAN y VEDEL. Se discute acerca de si lo que quiere decirse al hablar de ley previa es sólo la ley formal, o también (tal como quería HAURIUO al hablar del bloque de la legalidad) a los reglamentos. Hasta aquí parece que en efecto debemos extender el concepto de norma previa. Mas hay quien piensa que también integran este bloque las decisiones concretas de la Administración, lo cual ya parece excesivo, puesto que la Administración, si es verdad que debe, en principio, resolver igualmente los casos iguales, ello se debe no a la necesidad de observar el principio de legalidad, sino a la necesidad de atenerse a la equidad, equidad de la que, por otra parte, ella misma, la Administración, es intérprete (y de tal modo lo es que puede resolver diversamente casos sólo aparentemente iguales, si el interés público, por haber variado las circunstancias, los motivos de apreciación, etc., lo exigen así; véase a este respecto el artículo 19, 1 *in fine* del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales).

Lo acertado, por consiguiente, es admitir como norma a la que hay que atenerse, a la ley y a los reglamentos; y a una y otros nos referimos cuando hablamos de la norma previa en el principio de legalidad.

III. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACION DE QUE DEBE ENTENDERSE POR CONFORMIDAD CON LAS NORMAS PREVIAS

A) PRINCIPIO GENERAL.

Es cosa obvia que nunca podrá obrar ilícitamente la Administración, tanto en la emisión de normas para las que esté legitimada, como en su actividad material y concreta, si viola lo dispuesto en una ley o reglamento ordenador de esta actuación. Pero puede suceder que la ley falte; o que no prevea el caso de modo determinado, que es precisamente lo que sucede cuando actúa el Alcalde en los momentos de emergencia. Cuáles serán los poderes de la Administración en estos casos, es cosa directamente enlazada con la interpretación que se dé a la exigencia de obrar con apoyo en la ley. Será muy diferente la solución, si ateniéndonos a la primera versión del principio de legalidad—*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*—entendemos que a la Administración le está vedado actuar o reglamentar la actuación de los administrados, caso de faltar la ley; o por el contrario nos atenemos a la segunda formulación—*quae non sunt prohibita permissae intelliguntur*—y en su virtud entendemos que la Administración puede obrar o regular el obrar de los administrados con tal de que no vulnere el ordenamiento.

Para los particulares, la solución de este problema es sencilla: pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, es decir, rige la máxima *quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur*.

Para la Administración la cuestión se plantea diferentemente, ya que puede ser posible que una norma análoga dé lugar al olvido de las libertades ciudadanas, y también puede suceder que la norma contraria paralice la acción administrativa. Es decir, para la Administración la aplicación del principio en su formulación liberal puede suponer que aquélla podrá hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido por la ley, por lo que quizá se encuentre con unos poderes excesivos que pueden anular las liber-

tades del administrado. Por el contrario, el particular carece de los privilegios administrativos: ni sus actos se presumen legítimos caso de ser contradichos, ni puede traducir con su solo poder su voluntad frente a terceros en actos jurídicamente válidos. Por ello no hay peligro alguno en que frente a acción tan poco relevante *en intensidad* como es la del administrado se le conceda una gama de actuación de extraordinaria extensión; es decir, el administrado lo puede hacer todo (salvo lo prohibido, naturalmente), entre otras razones, porque puede llegar en su hacer a resultados poco dañosos. Por el contrario, a la Administración se la dan privilegios que hacen que su actuación sea profunda en intensidad, por lo que debe ser limitada en extensión, para no correr el riesgo de hacerla tiránica.

Nosotros creemos que debe sujetarse la Administración al principio de legalidad en su formulación restringida, y tender a lo que es la máxima *desiderata* del Estado de Derecho: convertir a la Administración en simple ejecutora de la ley, si bien no olvidamos que el fin de la Administración no es cumplir la ley, sino promover el interés público (aquí, a su vez, aparecen contradictoriamente dos postulados: uno, éste: *salus populi suprema lex*; otro, éste: una de las máximas manifestaciones del interés público está precisamente en que las leyes sean cumplidas).

B) LAS DIVERSAS CLASES DE ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

Debemos distinguir, además, en la actuación administrativa, por lo menos, dos grandes escalones: la actuación de la potestad normadora y la actuación material concreta. En cada uno de los dos supuestos, las consecuencias de entender el principio de legalidad según una u otra versión, son éstas:

a) *La actuación de la potestad normativa.*

En el primer supuesto, la Administración, reglamentando la ley, debe ir más allá de donde la ley llegó. Pero la duda está en si en este «ir más allá» la Administración puede regular zonas de la vida de las que la ley no se ha ocupado (el reglamento ju-

rídico, el reglamento *praeter legem*, o incluso *contra legem* en las situaciones de emergencia).

Para los partidarios de una tendencia, la actividad administrativa se paralizaría si en su actuación normativa se aplicara restrictivamente el principio de legalidad; creen que en este campo puede hacer la Administración todo lo que la ley no le haya prohibido (entendiéndose que la prohibición funciona en un triple sentido: no puede regular la Administración ni lo reservado para la ley, ni lo ya efectivamente regulado por ley formal; y no puede tampoco regular lo que no sea materia administrativa).

Para los defensores de otra tendencia—entre los que nos encontramos—la Administración es la ejecutora de la ley, y no puede menoscabar las libertades, sino limitándose estrictamente a la habilitación que de la ley ha recibido. Caso contrario el principio de separación de poderes pierde todo sentido.

Esto tiene especial interés en el campo de las relaciones Estado-Municipio, es decir, ley formal y reglamentos estatales, por un lado, y ordenanzas locales, por otro.

Se impone aquí acudir a nuestro Derecho positivo, y examinar cuál es la articulación prevista para ambas esferas en la Ley de Régimen local.

La alusión a la Ley de Régimen local ya indica que, naturalmente, todo el sistema está contenido en una ley y, por consiguiente, en todo caso la actuación del órgano local como emisor de normas está legitimada por lo que la Ley dice; y lo que la Ley dice es:

Artículo 6.º: «Para el cumplimiento de sus fines los Ayuntamientos y Diputaciones tendrán plena capacidad jurídica con sujeción a las leyes».

Artículo 7.º: «En las materias que la Ley no confíe a la exclusiva competencia de los Municipios y Provincias actuarán unos y otras bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación».

Artículo 101: Regulator de la competencia municipal, de la que dice que «generalmente» se dirigirá a la consecución de una amplísima gama de fines, y no sólo eso, sino que además concluye con una cláusula residual que al hablar de «intereses» y

«necesidades generales» y «aspiraciones ideales» convierte esta enumeración en ilimitada.

El artículo 108 dice: «En la esfera de su competencia los Ayuntamientos podrán aprobar ordenanzas y reglamentos, y los Alcaldes dictar bandos de aplicación general en el término municipal. Ni unas ni otros contendrán preceptos opuestos a las leyes o disposiciones generales».

Por último, el artículo 111 del Reglamento de Servicios reitera lo anterior, diciendo: «Serán ineficaces las normas de las ordenanzas y reglamentos que contradijeren otras de superior jerarquía».

Esto es lo que dicen los textos legales. De ellos se deduce que en este terreno el principio de legalidad funciona con una limitación positiva: que se trate de materias incluídas en la esfera de la competencia de los Entes locales; y otra negativa: que las normas que emanan estos Entes no contengan preceptos opuestos a la ley.

Como la competencia de los Entes locales es, en teoría, amplísima, la única limitación es, en principio, la no oposición a ley o reglamento estatal. Esto no quebranta el principio de la obligación de obrar *secundum legem*, ya que esta solución es la autorizada por la ley. Cuestión diferente, de la que al final hablaremos, es la de si estas amplias autorizaciones suponen, realmente, observar el principio de legalidad, o si en realidad lo que se está haciendo es burlándolo.

b) *La actuación material.*

Queda un segundo aspecto: el de la actuación material de la Administración frente a los administrados. Aquí debemos partir de un dogma: el de que el principio, en su versión más liberal rige para éstos en toda su pureza, es decir, la persona humana puede jurídicamente hacer todo aquello que no esté expresa y previamente prohibido. Lógicamente la otra cara de este dogma (la cara que ve la Administración) dirá lo contrario, es decir, para la Administración en su actuación material, *qua non sunt permissant prohibita intelliguntur*. El principio, sin embargo, no es

aplicable en su integridad, dado que aquí entra en juego un elemento de valor siempre decisivo: el interés público. Veamos cómo desenvuelve el Derecho positivo este teórico entrecruzamiento de líneas de fuerza.

El artículo 100 de la Ley de Procedimiento (de indudable aplicación y ahora a la esfera local, según el artículo 1.º, 4, de la propia Ley) dice: «La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico. El órgano que ordene un acto de ejecución material está obligado a comunicar por escrito, y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa».

El artículo 5.º del Reglamento de Servicios locales dice: «La intervención de las Corporaciones en la actividad de los administrados se ejercerá por los siguientes medios: ...órdenes individuales constitutivas de mandato, para la ejecución de un acto, o la prohibición del mismo...»

Se deduce de aquí la necesidad de «encadenar» sucesivamente toda acción administrativa a actos previos que sucesivamente se legitiman y acaban encontrando su apoyo en la propia ley. Esto, sin embargo, quiebra, en el caso siguiente, en que se establece una legitimación «directamente» apoyada en la ley, mediante una amplia cláusula contenida en ésta. Pasamos a examinar el supuesto.

IV. LA ACTUACION ADMINISTRATIVA EN LOS CASOS DE EMERGENCIA

1.º El artículo 117 de la Ley de Régimen local señala las atribuciones del Alcalde «como Delegado del Gobierno en el término municipal». De la lectura de este artículo y el siguiente podemos deducir la sistemática que se expresa a continuación:

- a) Funciones ejecutivas.
- b) Funciones representativas.

Estas últimas sólo le competen cuando en el término munici-

pal no funcione otro órgano de la autoridad encargado de tal Delegación o cuando el Gobernador civil no asuma la representación de la Administración del Estado, bien directamente o por medio de Delegado especial.

Estas atribuciones, por consiguiente, las ejerce el Alcalde intermitentemente. Por el contrario, las que hemos llamado ejecutivas entendemos puede ejercerlas en todo momento. Por esta razón y por su riqueza de contenido (incomparablemente superior en las funciones ejecutivas que en las representativas, como es obvio), vamos a ocuparnos exclusivamente de las primeras.

2.º Estas atribuciones ejecutivas pueden, a su vez, clasificarse así:

a) Atribuciones ordinarias: Hacer cumplir las leyes, mantener el orden y cuidar de los servicios (art. 117, *a*), *b*) y *c*).

b) Atribuciones especiales: Las leyes pueden darles cualesquiera otras atribuciones (art. 117, *e*).

c) Atribuciones excepcionales: En caso de gravedad producido por epidemia, trastornos de orden público, guerra, inundación o cualquier otro accidente análogo, el Alcalde puede adoptar personalmente las medidas que juzgue necesarias, bajo su responsabilidad, y dando cuenta inmediata al Gobernador civil y al Ayuntamiento (art. 117, *d*) de la Ley de Régimen local).

3.º Se plantea a continuación el problema del control jurisdiccional de estas medidas que el Alcalde adopta en el uso de sus atribuciones que hemos llamado excepcional:

a) Alcance de las facultades excepcionales del Alcalde:

a') La actuación del Alcalde en este terreno no tiene fronteras ni en cuanto a las medidas que puedan adoptar ni en cuanto a los hechos que las motivan, con las salvedades que se expresan a continuación.

b') Sin embargo, el Alcalde está sujeto a responsabilidad (en la triple responsabilidad clásica, que en el caso de los no funcionarios *strictus sensu* se reducen a la civil y a la penal); la situación debe ser realmente grave; y, por último, debe dar cuenta inmediata al Pleno y al Gobernador civil.

c') Hay que entender también, que bajo la palabra «las me-

didadas que juzgue necesarias», caben tanto los bandos como la actuación material administrativa.

b) Régimen jurídico de esta actuación:

Según el artículo 383 de la Ley de Régimen local, las providencias que dicten los Presidentes de las Corporaciones como Delegados de la Administración central, serán impugnables con arreglo a las leyes que regulan cada materia. Cuando dichas leyes no determinen el recurso procedente, podrá interponerse el de alzada ante el Gobernador civil, en término de diez días. Contra los acuerdos de los Gobernadores se podrá recurrir en alzada, salvo lo dispuesto en leyes especiales, ante el Ministro correspondiente en el plazo de diez días.

c) De todo ello se deduce:

a') Que el modo de impugnar la actuación del Alcalde como Delegado del Gobierno es la utilización del recurso jerárquico (en este caso se trata, claro está, del recurso jerárquico propio). Ahora bien, hay que distinguir la actuación según los apartados a), b), c) y e) del artículo 117, que es siempre *secundum legem* y que estará sujeta a una regulación formal para cada caso, de la actuación según el apartado d) del mismo artículo, que es siempre *praeter legem*, y hasta incluso *contra legem*.

b') Que normalmente se acudirá, sin embargo, al recurso ante el Gobernador, en los casos de los apartados a), b) y c); y desde luego en el d), en cuyo caso «las leyes no determinan el recurso precedente». Puede entenderse—y ello lo consideramos correcto—que en el caso del apartado c') no se puede hablar de ley alguna, salvo la propia Ley de Régimen local, en cuyo caso la solución es también la de que procede la alzada ante el Gobernador.

c') Agotada la vía gubernativa (creemos que según las instancias establecidas en el artículo 383 de la Ley de Régimen local, pero no según los plazos, ya que debe entenderse derogado ya desde ahora el plazo de diez días, y sustituido por el de quince del artículo 122, 4, de la Ley de Procedimiento administrativo) se abre el contencioso.

d) He aquí los puntos de carácter material que este contencioso ha de examinar:

a') En primer lugar, en realidad el artículo íntegro, 117, y

no sólo el apartado *d*) es, en principio, una carta blanca dada al Alcalde para que actúe, de la manera que resulte más idónea para que se cumplan las leyes, se mantenga el orden, se presten los servicios, se provea a la medidas necesarias en caso de emergencia.

b') Ello sitúa al Tribunal revisor ante un doble e interesante problema:

α'') Por un lado, el del control de los hechos. El Tribunal deberá examinar si en efecto los hechos han requerido la adopción de las medidas que el Alcalde adoptó; si en casos similares se han adoptado iguales medidas; si medidas más suaves hubieran bastado (no hay que olvidar, por otra parte, que en este delicadísimo terreno el Alcalde se encuentra literalmente entre la espada y la pared). Como sabemos, la propia Ley de Régimen local autoriza a los Gobernadores para corregir a los Alcaldes o a quienes hagan sus veces, por falta de celo en el cumplimiento de sus deberes en el ejercicio de funciones delegadas de la Administración general con multas de 50 a 5.000 pesetas, multas que deberán ser motivadas y son recurribles ante el Ministro de la Gobernación (artículo 419 de la Ley de Régimen local).

b'') El problema de la legalidad de las decisiones del Alcalde.

En efecto, en ningún caso la Administración puede actuar contra la ley. Hasta aquí se encuentra sometida al mismo dogma a que están sometidos los particulares. La duda está en si puede la Administración obrar a falta de norma previa. Una interpretación liberal puede aniquilar la libertad ciudadana. Una interpretación restrictiva puede paralizar la acción de la Administración. El planteamiento presente contempla un supuesto más avanzado que el de la actuación a falta de norma. Contempla, nada menos, que el supuesto de actuación *contra legem* amparada, sin embargo, en una disposición de la ley, que autoriza expresamente para la adopción de tales medidas, materialmente ilegales.

En estos casos el principio de legalidad, formalmente, no quiebra, puesto que la actuación está respaldada por la propia Ley de Régimen local. En este aspecto sólo estará la actuación legitimada en la medida en que los hechos justifiquen las medidas adoptadas. En la medida en que estas medidas se excedan de lo

que razonablemente exigen los hechos, la actuación del Alcalde es ilegal, por estar, en realidad, fuera del marco del artículo 117 (esta sería una ilegalidad que podríamos llamar «ilegalidad formal»).

Aparte de ello hay otra ilegalidad posible (mejor que posible, probable), la consistente en la vulneración de las leyes amparadoras de los derechos que los actos administrativos de emergencia van a desconocer (o simplemente, la vulneración del principio de Derecho, según el cual, para los ciudadanos, está permitido todo lo no prohibido). Esta sería la ilegalidad material.

Aquí aparecen, por consiguiente, dos novedades: una, que frente al sistema tradicional que en los presentes casos preveía minuciosamente los supuestos de hecho, y las respuestas de la Administración, la Ley de Régimen local implanta la previsión genérica y vaga de tales supuestos y tales respuestas. Otra: que si tal minuciosa previsión estaba contenida en normas de rango inferior al de las que consagraban los derechos vulnerados, se estaba, en realidad, ante una quiebra también formal de la legalidad, quiebra que hoy dialécticamente evita la norma amparadora de la actuación de emergencia, contenida en el artículo 117 de la Ley de Régimen local, de rango indudablemente suficiente para ello.

V. CONCLUSIONES

a) El sistema actual es, frente al anterior, más eficaz. El problema está en el posible aumento de peligros para la libertad; peligros que hoy sólo obvia, *a posteriori*, la intervención de un Tribunal jurisdiccional. Se cumple aquí, una vez más, el universal proceso de desasimientamiento progresivo del Ejecutivo frente al Legislativo, compensado con una creciente sujeción frente al Poder judicial.

b) El principio de legalidad tiene dos facetas diferentes: una, la sumisión de la Administración a la ley (reflejo del postulado de separación de poderes); otra, la necesidad de que cada actuación administrativa se apoye en una decisión precedente, de la propia Administración (reflejo del postulado de igualdad).

Pues bien, es evidente que en el artículo 117, si formalmente se respeta la primera faceta del principio de legalidad—la Administración obra según lo previsto en la ley—materialmente, el principio entra en una completa quiebra, tanto por lo abstracto de la norma legitimadora como por el olvido de la segunda faceta. Solamente una fina aplicación de los principios generales del Derecho administrativo, y un profundo sentido del ordenamiento, pueden salvar al súbdito, en estos casos—y ello por obra de la actuación de los Tribunales—, de una pérdida de libertades.