

CÓDIGOS DE CONDUCTAS COMO FUENTES HETERO Y AUTOVINCULATIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A. Saddy

Doctorando en “Problemas actuales de Derecho Administrativo” por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid con apoyo de la Beca Complutense Predoctorales en España. Maestría en Administración Pública por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa con apoyo del Programa Alþan, Programa de becas de alto nivel de la Unión Europea para América Latina. Posgrado en Regulación Pública y Competencia por el Centro de Estudios de Derecho Público y Regulación (CEDIPRE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Personal Docente e Investigador en Formación del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Associate Research Fellow del Centre for Socio-Legal Studies de la Faculty of Law de la University of Oxford. Miembro de la Metholus Consultoría Jurídica Internacional.

1. La transformación de un Estado Moderno para un Post-moderno

La historia demuestra que con el transcurso del tiempo la sociedad cambia su visión del mundo, sus valores básicos, su estructura política y social. El **Estado de Derecho Moderno**, por ejemplo, surgió de una reacción, que tuvo como marco histórico las dos revoluciones inglesas del siglo XVII y la revolución francesa del siglo XVIII¹.

Antes, vale recordar, existió un Estado de Derecho Premoderno, de formación no legislativa, o sea, de formación jurisprudencial y doctrinal, donde no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino sólo una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes (imperio, iglesia, príncipe, corporaciones, entre otros), ninguno de los cuales tenía monopolio en la producción jurídica.

Es justo con el Estado Moderno que surge el Estado Legislativo de Derecho. En esté el principio de la legalidad gana proyección como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido. Sólo con la subordinación de la legalidad a la Constitución, o sea, en el momento en que la Constitución es admitida como jerárquicamente superior a las leyes cuya validez reconoce, se tiene un cambio hacia un Estado Constitucional de Derecho, donde la

¹ Sobre las revoluciones inglesas y la francesa, vide: PRUDHOMME, Louis Marie. *Révolutions de Paris: dédiées à la nation et au district des Petits-Augustins*. Paris: P. de Lormel, 1790; GENTZ, Friedrich von, ADAMS, John Quincy. *The Origin and Principles of the American Revolution compared with the Origin and Principles of the French Revolution*. Philadelphia: Asbury Dickins, opposite Christ-Church. H. Maxwell, printer, Columbia-House., 1800; TOCQUEVILLE, Alexis de. *L'ancien régime et la révolution*. Paris: Gallimard, 1953 - 1ª edición de 1856; GROETHUYSEN, Bernard. *Philosophie de la Révolution française*. Paris: Gonthier, 1956; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1994.

Constitución no solamente disciplina las formas de producción legislativa, sino que también impone a éstas prohibiciones y obligaciones de contenido².

Este modelo, sin embargo, está en crisis, motivo por el cual se viene hablando cada día del **Estado Post-moderno**³, que tiene en su concepción una reformulación del aparato estatal que cubre en sí distintas gamas de Estados desarrolladas en 4 (cuatro) segmentos⁴: un primero segmento relativo al fortalecimiento de lazos de interdependencia, entre: Estado Encuadrado, Estado Competencia y Estado Englobado; un segundo segmento que trata de la redefinición de las funciones estatales, donde se encuentra: Estado Garantía, Estado Regulador y Estado Protector; un tercero segmento relativo a las atenuaciones o mitigación de la especificidades estatales, donde se tiene: Estado Desmitificado; Estado Banalizado y

² Recordar que el constitucionalismo tuvo dos tradiciones: la norteamericana, donde la Constitución era tenida como regla del juego, como pacto de mínima que permitía asegurar autonomía a los individuos, donde el poder constituyente del pueblo era el limitador del poder político y en especial del legislativo y donde la Constitución era tenida como ley suprema (determinaba quién manda, cómo manda y hasta dónde manda); y la francesa, donde la Constitución no se limitaba a fijar las reglas del juego, sino que quería participar directamente del mismo, siendo la voluntad general ilimitada (determinaba quién debe mandar). Vale mencionar que el llamado neoconstitucionalismo viene siendo definido como la reunión de ambos modelos.

³ JACQUES CHEVALIER (CHEVALIER, Jacques. L'État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003) y ROBERT COOPER (COOPER, Robert. The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century. London : Atlantic Books, 2003) clasifican el Estado contemporáneo en tres grupos: los Estados “pre-modernos”, tales como Afganistán, Somalia, Liberia y casi todos Estados Africanos, mucho frágiles e demasiado pequeños para presentar todos atributos de auténticos Estados; los Estados “modernos”, como India, China, Brasil, entre otros, atrelados a concepción tradicional de Estado, e detentores do monopolio da fuerza; y los Estados “post-modernos” aquellos en que a soberanía tiende a dar lugar a una lógica nova de interdependencia e cooperación, apagando a separación entre política interna e externa.

Se resalta, también, que este nuevo Estado Post-moderno no se encuentra en casi ninguna constitución actual, luego dependerá mucho de una evolución permanente introducida por el legislador reformador y por los tribunales constitucionales, por medio de interpretaciones integrativas, adaptativas, creativas y permanentes, produciendo por veces la denominada mutación constitucional sin alteración en el texto, y solamente en las normas precepto (o normas reglas) y no en las normas principios, ya que cualquiera que sea por su propia esencia, comportará una infinita pluralidad de acepciones en la confrontación ponderada con las demás congéneres, o sea, en las normas principios nunca habrá mutación constitucional. Así entendemos, pues son los cambios constitucionales, sea por alteración del texto, función legislativa por medio de enmiendas (específicas) o revisiones (generales), sea por la interpretación sin alteración del texto (mutación constitucional), función judicante, que mantiene vivas las constituciones.

Para mayores informaciones sobre el Estado Post-moderno, vide, también: BECK, Ulrich. Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial. Barcelona: Paidós, 2004; GIDDENS, Anthony. The consequences of modernity. Cambridge: Polity in association with Blackwell, 1990.

⁴ Afirma JACQUES CHEVALIER (CHEVALIER, Jacques. L'État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003, p. 30) após referise a las transformaciones del Estado, afirma: “*L'action combinée de tous ces facteurs tend à infléchir le modèle étatique, sur quatre points au moins :*

- *D'abord, le processus de mondialisation en cours place l'État dans un contexte d'interdépendance structurale, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté ;*
- *Ensuite, la perte par l'État de la maîtrise d'une série de variables essentielles dont dépend le développement économique et social débouche sur une redéfinition de ses fonctions ;*
- *Corrélativement, la netteté et la précision des frontières entre le public et privé tendent à s'estomper, entraînant une banalisation de la gestion publique ;*
- *Enfin, alors que l'État avait été organisé sur un mode unitaire, on assiste à un mouvement de fragmentation et d'éclatement d'appareils de plus en plus hétérogènes”.*

Estado Reformado; y, por fin, un cuarto segmento respecto a la fragmentación de la estructura estatal, donde hay: Estado Policéntrico, Estado Territorial y Estado Segmentado.

El Estado pasa por un proceso de modernización que ejerce efectos indisolubles a la noción de soberanía, al final, las transformaciones actuales reducen el margen de libertad de los Estados, favoreciendo el surgimiento de nuevos actores que desbancarán la noción de Estado-nación dispuesta en una posición suprema, creando con eso un juego complejo y multidimensional de interacciones. Esos efectos que haya hoy un fortalecimiento o intensificación de lazos de interdependencia y solidaridad.

Eso caracteriza un **Estado Encuadrado**, o sea, un Estado encuadrado en una nueva interrelación internacional, que se desarrolla por medio de interacciones entre Estados para la constitución de sociedades internacionales, de un orden transnacional que se construyen y se constituyen progresivamente sobre (“*substituyendo*”) el concepto de Estado-nación. Además, se tiene un **Estado Competencia** teniendo en cuenta el hecho de que la orden transnacional, en vía de construcción bajo el signo de la heterogeneidad y complejidad, impone a los Estados limitaciones que hacen que sea necesario que esos vayan más allá de su autoridad, implementando estrategias autónomas que, al final, ya no necesitan la “*autorización*” de esa orden para tener acceso a la vida internacional. Los Estados son, de hecho, obligados a mantener relaciones de interacción e intercambio con ellos, ya sea directamente o por medio de estructuras de cooperación que han creado. Por fin, ese fortalecimiento o intensificación de lazos de interdependencia y solidaridad trae consigo el **Estado Englobado**, en el sentido de que la globalización empuja las fronteras nacionales más allá, creando un espacio ampliado de regulación, cual sea la regionalización y el multilateralismo, visto como una lógica y también como una necesidad⁵.

Otra consecuencia del Estado post-moderno es la redefinición de las funciones estatales, que busca respetar los principios de un “*good governance*” edificado bajo el concepto de Estado Liberal o Mínimo, que consagra un régimen del mercado, optando por el tipo liberal del proceso económico que solamente admite la intervención del Estado para cohibir abusos y preservar la libre competencia de cualquier interferencia, sea del propio Estado, sea de la formación de monopolios o del abuso de poder económico, siempre en la defensa de la libre iniciativa. Eso significa que determinadas actividades deben ser desarrolladas por la iniciativa privada, por la fuerza de los principios de la subsidiariedad y de la abstención.

⁵ CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 31-45.

La aplicación de estos principios trae un **Estado garante** de la continuación de una serie de tradiciones y valores en torno a los cuales todo el mundo reconoce y se identifica a sí mismo, teniendo la tarea de “*produire du collectif*” (producción del colectivo) y la obligación de “*recoudre un tissu social*” (coser un tejido social) que la evolución dinámica de las sociedades contemporáneas tienden a rasgar permanentemente, además de estar obligado a mantener una “*conception extensive du maintien de l’ordre*” (concepción extensiva de la manutención del orden), incluso con la aparición de nuevas modalidades de violencia y criminalidad y la protección contra “*les risques de toute nature*” (riscos de toda naturaleza). Surge, también, un **Estado regulador** del mercado, presente en la economía como un “*stratège*” (estrategita) y no un “*pilote*” (piloto). Esa nueva función descaracteriza el Estado productor y trae el fin de un dirigismo económico, haciendo que el Estado pase a especializarse en diversos sectores y segmentos, abandonando la pura y exclusiva dirección política de los procesos económicos para aliarla a la dirección técnica, a la interpretación de conceptos técnicos para implantación de políticas públicas por medio de actos normativos, ejecutivos y judiciales. Por fin, hay un **Estado protector** de una nueva lógica social y de solidaridad, al final el anterior pensamiento de un Estado Social estaba en crisis (mucho debido a situación de las finanzas públicas), debiendo éste pasar por un proceso de redefinición para tener una mayor congruencia con el contexto de post-modernidad⁶.

El tercer segmento de ese nuevo Estado Post-moderno trata de las atenuaciones o mitigaciones de las especificidades estatales. La distinción público/privado implica una representación bipolar de la vida social. La sociedad está formada por dos esferas distintas: de un lado la esfera privada, basada en la libre iniciativa y estructurada en torno a informes de interacción que se forma entre los individuos y los grupos; de otro, la esfera pública condicionada a los informes de la autoridad. Esta distinción ha dado lugar a dos sistemas de valores con normas distintas: el público, que es dominado por los intereses públicos, y el privado por los intereses privados.

La oposición existente entre esas dos esferas crea una tensión dinámica que la sociedad necesita para existir, además de haber traído consigo distintas modalidades de Estados. Un **Estado Desmitificado** donde el mito “*interés público*”, en el que el Estado ha construido su legitimidad, ha perdido su fuerza como resultado de la convergencia de dos movimientos: por un lado, decidió mediante la noción de interés público preservar el atributo privado del interés público y particular, dando paso a un enfoque más flexible. El interés

⁶ CHEVALIER, Jacques. L’État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003, p. 45-62.

público no es considerado como un producto de una generación espontánea, ahora su base de formación necesariamente viene vinculada al interés particular de los individuos y grupos; por otro lado, la idea de que la esfera pública está totalmente dominada por el culto del interés público es en depende de qué se trate, pero ese interés público parece no ser más el monopolio del Estado. Tal crisis de la noción de interés público se manifiesta notoriamente en lo que concierne a la gestión pública, su utilización como legitimadora de sus distintas acciones no es suficiente, la idea es que la Administración sea como el privado, o sea, eficaz, anhelando un “*new public management*” que tiene como objetivo reducir el peso del Estado transformando sus diferentes métodos de gestión pública con el fin de alcanzar una Administración de resultado⁷. También se configuró aquí el **Estado Banalizado** configurando un nuevo particularismo de los diferentes mecanismos jurídicos tendiendo a imponer un “*droit commun, qui est au cœur de la Rule of Law*” que hubiera traído una ruptura, o mejor, un crisis del Derecho Administrativo que afecta a la estructura de ese derecho conocida en todo el mundo, llevando a la “*huida*” al Derecho privado; todo revela un proceso de banalización de las instituciones estatales. Y, por fin, llega el **Estado Reformado** que representa la reforma administrativa originada de la penetración en la esfera pública de los métodos de gestión privada, desarrollando una nueva gestión pública ligada a la idea de “*gestion des ressources humaines*”, “*responsabilisation des gestionnaires*” y una “*nouvelle perception de l’administré*”⁸.

El cuarto y último segmento, se refiere a la fragmentación de la estructura estatal. La construcción del Estado moderno reposó sobre el principio fundamental de unidad orgánica, donde las máquinas administrativas eran solidarias e interdependientes, siendo garantizada por mecanismos formales e informales de integración. Hoy, el Estado se convierte en una enorme máquina con múltiples articulaciones, poseedor de una complejidad y diversidad inimaginables en diferentes centros de poder.

El Estado tiende a abarcar la diversidad de los contextos locales y al segmento de acuerdo a la variedad de problemas de manejar, por eso se afirma que la post-modernidad trae un **Estado Policéntrico**. La burocracia, fundada sobre la base de la jerarquización, es desestabilizada por la proliferación de las estructuras de un nuevo tipo, fuera de los clásicos de gestión y más allá de la influencia de la jerarquía. Es visto por el dibujo de un nuevo

⁷ Sobre la Administración de resultado, vide: IANNOTTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l’arte di amministrare). *Diritto processual amministrativo*. Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005, p. 1 y ss; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003, especialmente p. 255 y ss; POLLITT, Christopher. *Managerialism and the Public Services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990.

⁸ CHEVALIER, Jacques. *L’État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 62-73.

principio para el alivio del aparato estatal, congruente con la idea de post-modernidad, que tiene como objetivo una acción autónoma o independiente, donde las entidades del Estado ya no están unidas por lazos de subordinación vertical, sino por relaciones horizontales de interacción e interdependencia. La figura post-moderna de “*réseau*” (red) tiende a substituir la figura de “*pyramide*” (pirámide). Además de ese Estado Policéntrico el contexto de la post-modernidad también hace surgir el **Estado Territorial**, en que se deja de lado un continuo movimiento de centralización que se reflejaba en la reducción gradual de la autonomía local, para pasar a un “*fédéralisme coopératif*” (federalismo corporativo), caracterizado por una política de cooperación cada vez más ambiciosa construida por los Estados, que parece conducir a un proceso de “*dé-territorialisation*” (regionalización o autonomización), lo que resulta en la integración gradual de las áreas locales, que por medio de la desconcentración, la descentralización y del neo-federalismo trae formas de organización más favorables a la autonomía local. Y, por fin, el **Estado Segmentado** que dejó la lógica de la unidad de la maquinaria interdependiente e interrelacionada del Estado para permitir brotar una “*décentralisation fonctionnelle*” (descentralización funcional) que fortalece una política de responsabilización de los servicios gestionables por los administradores y una especie de “*déconcentration fonctionnelle*” (descentralización funcional), para ampliar su propia iniciativa, elevando el aparato estatal cada vez más a un heterogéneo conjunto de dispositivos con sus propias racionalidades de funcionamiento⁹.

Esa nueva percepción de Estado, o sea, de un Estado Post-moderno se encuentra envuelto en un **trípode iuspolítico** que se caracteriza: por el nuevo constitucionalismo/neoconstitucionalismo¹⁰, que posibilitó una positivación de las garantías

⁹ CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 73-84.

¹⁰ Para entender el desarrollo del neoconstitucionalismo, y el propio tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo, es necesario tener en cuenta el fenómeno denominado “*constitucionalización del derecho*”. RICCARDO GUASTINI (GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73) trae siete condiciones para que se reconozca este fenómeno. Sintéticamente: 1) la existencia de una constitución rígida, que incorpore los derechos fundamentales; 2) su garantía constitucional, mediante un sistema de control sobre la producción normativa infraconstitucional; 3) la fuerza vinculante; 4) la sobreinterpretación constitucional, los argumentos a *simili*, la analogía y la invocación de principios constitucionales amplían e intensifican la presencia de la Constitución en el ordenamiento hasta el punto de hacer posible cierta omnicomprensividad del Derecho; 5) la aplicación directa de la constitución para regular las relaciones de derecho privado; 6) la interpretación según la constitución, o adecuación de las leyes al texto magno; y 7) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas, donde los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, lo que es más relevante para nuestros fines, permiten así a órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas.

Aprovechando que se está hablando de constitucionalismo y neoconstitucionalismo, vale resaltar bien sucintamente, la distinción entre ambos. De acuerdo con PAOLO COMANDUCCI (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.).

fundamentales, la omnipresencia entre principio y reglas, la concesión de los principios de una fuerza vinculante/eficacia propia, trayendo a ellos un patatar de una categoría normativa autónoma y dotada de un sistema de eficacia propia; por la nueva teoría del Derecho/post-positivismo jurídico, que dislocó para la sede constitucional la dicción fundamental del interés público, permaneciendo con el legislador infla-constitucional la tarea de especificarlo; y, por el nuevo Estado/Estado de Justicia Democrático de Derecho¹¹, que ha sometido a organización política, simultáneamente, a la ley, al interés social prevalente y a la moral.

Ese trípode iuspolítico, resultado natural de las transformaciones geopolíticas, políticas y económicas¹² que el mundo contemporáneo viene sufriendo, culminará con el fin del llamado Estado Moderno, engendrando el Estado Post-moderno, trayendo para éste muchos cambios en su sentido.

Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98, p. 82): “*El constitucionalismo, (...) es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificatoria entre Derecho y moral, y, por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado destronar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.*

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”.

Ese mismo autor (*Ibidem*, p. 75-98) utilizando la clasificación de NORBERTO BOBBIO para el positivismo jurídico (BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico. Madrid: Debate, 1993) clasificó el neoconstitucionalismo en: teórico, ideológico y metodológico.

Abro un último paréntesis para mencionar que LUIS PRIETO SANCHÍS (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 123-158, p. 127) concluye que el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones constitucionales (la norteamericana y la francesa) y dice que el resultado puede resumirse así: “*una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces (...) Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos. Constituciones normativas garantizadas”.*

¹¹ El Estado democrático supone un rechazo de cualquier desconfianza o recelo frente a actuación estatal, lo que justifica la flexibilización de la elaboración de las leyes y la extensión del margen de libertad de la Administración. El Estado de justicia se vincula a los cambios permanentes de la acción estatal con la finalidad de su adecuación a las necesidades y objetivos sociales y morales, justifica una regulación laxa trascendiendo a la Administración la configuración de determinadas políticas. K HESSE (HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 17. ed. Heidelberg, 1990, p. 481, In: BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 62, 63) sustenta básicamente que: “*En el moderno Estado social y democrático de Derecho, en el que todos los poderes del Estado emanan del pueblo, la división de poderes ya no constituir sólo un instrumento de afirmación del principio democrático, como ocurría en el Estado liberal, sino un sistema para un ejercicio equilibrado y funcionalmente adecuado del poder”.*

¹² Sobre las actuales transformaciones, vide: FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 26-38, y nuestro, SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (pleno).

2. Los cambios de paradigma en el Derecho Administrativo

La idea de post-modernidad, trae, como una de sus principales consecuencias, la **puesta en jaque de viejos institutos del Derecho Administrativo**¹³, como el principio de la supremacía del interés público sobre el privado; la legalidad administrativa como vinculación positiva y negativa a la ley (*positive y negative Bindung*); la idea de un Poder Ejecutivo unitario fundada en relaciones de subordinación jerárquica entre la burocracia y los órganos de cúpula del gobierno; la nueva configuración de la noción de servicio público; la intangibilidad del mérito administrativo consistente en la incontabilidad de las elecciones discrecionales de la Administración Pública, entre otros¹⁴.

¹³ Mucho se tiene estudiado sobre las transformaciones, mutaciones o evoluciones del Derecho Administrativo, vale mencionar algunos de los estudios pioneros del actual paradigma del Derecho Administrativo: PAREJO ALFONSO, Luciano. Crisis y renovación en el Derecho Público. Madrid: CEC, 1991; MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; CHEVALIER, Jacques. Le droit Administratif en Mutation. Paris: PUF, 1993; AMOROSINO, Sandro. Le trasformazione dil diritto amministrativo. Milão: Giuffrè, 1994.

¹⁴ SABINO CASSESE (CASSESE, Sabino. Lo spazio giuridico globale. Roma-Bari: Laterza, 2003, p. 180 y ss) al tratar de las transformaciones del Derecho administrativo trae cinco características o elementos originarios de esta rama jurídica y la situación sufrida por ellos en nuestro tiempo.

El primer elemento, la nacionalidad, ya no es aplicable pues el Estado ya no es la única articulación del Derecho administrativo. Se ha producido una crisis de la territorialidad del Estado y, correspondientemente, una europeización o internacionalización del Derecho administrativo. En conclusión, el Derecho administrativo, primero ligado a cada Estado, está hoy ligado a una pluralidad de ordenamiento jurídico y de Derechos.

En segundo lugar, se ha erosionado la supremacía del Derecho administrativo. Antes de todo, cesa de ser un atributo permanente de la Administración y del Derecho administrativo y se convierte en un privilegio que debe ser concedido caso por caso por la ley. Después, supremacía y unilateralidad se sustituyen por consenso y bilateralidad. Finalmente, el ciudadano no se sitúa ya en una posición de subordinación. La lista de sus derechos frente a la Administración Pública se ve enriquecida por las diversas leyes. Sin embargo, este paso no reduce el poder administrativo a entidad de Derecho común.

En tercer lugar, entra en crisis la diferencia entre Derecho administrativo y Derecho común, ya que el Derecho administrativo se desarrolla, pero en formas privadas. Tal fenómeno para el autor se desarrolla bajo la presión de dos fuerzas, la de los intereses y la de las ideologías. Los primeros empujan al Derecho administrativo a asumir formas privadas para facilitar la acción administrativa, impedida por los vínculos del Derecho público. Las segundas operan en el mismo modo que las corrientes liberales del siglo XIX, a favor de la limitación del imperio del Derecho especial y de la sustracción de la Administración al Derecho privado, considerado más conforme al régimen de libertad. El resultado de estas fuerzas no actúa, sin embargo, en el sentido de la simple sustitución del Derecho privado por el Derecho administrativo. El dualismo, para el autor, permanece, aunque de forma distinta.

En cuarto lugar, se produce un eclipse del gobierno dentro del Derecho administrativo. Este último estaba, en el pasado, dominado por los gobiernos nacionales. Ahora el Derecho administrativo es menos gubernamental por la influencia ejercitada por la Comisión de la Unión Europea, por la separación entre política y Administración producida por la exigencia de imparcialidad y por la ampliación de los poderes públicos, y, finalmente, por el desarrollo de las autoridades independientes en el centro y de los poderes representativos locales en la periferia. Por fin, en quinto lugar, las Administraciones Públicas se han sometido completamente al juez y éste es cada vez menos un juez especial. De hecho, el juez administrativo adquiere toda la panoplia de poderes del juez frente a la Administración, mientras que antes, para respetar la regla según la cual la Administración Pública está subordinada al poder legislativo siendo independiente del judicial, el juez tenía poderes limitados frente a la misma. En este sentido, el juez administrativo es cada vez menos un juez especial.

Tales transformaciones tienen como consecuencia formulaciones de todo tipo, tal como la concepción de un **Derecho Administrativo global**¹⁵ y de un **Derecho Administrativo sin Estado**¹⁶. Todo fruto de una constante búsqueda por un derecho universal, como una “*protoconstitucionalismo globalizado*”¹⁷, apto a superar las diferencias culturales entre pueblos y naciones.

Toda y cada una de las transformaciones vividas por el Derecho Administrativo traerá desafíos al constitucionalismo en el siglo XXI. Debido al tamaño y la complejidad de tales estudios, hasta por cuenta de espacio que tenemos en la presente obra, se limitará a desarrollar los cambios en el concepto de legalidad administrativa y la cuestión de la

¹⁵ La idea de Derecho Administrativo Global es defendida por SABINO CASSESE (CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo globale. Una introduzione. Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr-jul, 2005). LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66) es contra tal tesis, según el autor, faltaría para tanto una base constitucional y una disciplina de las fuentes del Derecho y, en esa medida, le falta una forma de legitimación del poder. Afirma: “*cedo ainda para falar de direito administrativo global, pela inexistência de uma constituição formal, de um regime das fontes do direito e, sobretudo, pela ausência de um ordenamento jurídico geral a nível internacional. Do que não há dúvida, é que o direito administrativo sem Estado ou para além dele inclui também a internacionalidade das relações administrativas*”.

¹⁶ LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008) defiende la tesis de la existencia de un derecho administrativo sin Estado. Para el autor (Op. Cit., p. 31) el Estado deja de ser asumido como protagonista del ordenamiento jurídico general y pasa a ser expresado por nuevas formas institucionales, supranacionales y no estatales. El autor apoya su tesis en la teoría de la institución de HAURIOU (Op. Cit., p. 33), más precisamente en la divisibilidad de la *puissance publique* y no tanto en la divisibilidad de soberanía. Afirma: “*Se a puissance publique é fundamental à noção de Estado, a verdade é que pode haver puissance publique sem Estado e, portanto, direito administrativo sem Estado ou para além dele*”. En suma, se verifica una desestatación material del propio Estado, y así lo es porque el Derecho Administrativo se originó de la idea de Estado como persona jurídica vinculada a la legalidad. No es por acaso, inclusive, que la desconstrucción del Derecho Administrativo en nivel interno se inició por tal principio. Sostiene el autor (Op. Cit., p. 36) que el Derecho Administrativo es un elemento estructurante de la orden jurídica comunitaria (UE), afirma que en cuanto: “*o legislador nacional privatiza, enquanto o direito administrativo europeu publiciza*”. Asevera que la “desadministrativização” del aparato institucional de la Administración y la abertura creciente a los instrumentos privatísticos puede conducir a un nuevo modo de ser de la función administrativa. Se refiere al principio de la subsidiariedad horizontal, en virtud del cual la relación público-privado tiende a confluir en el desarrollo de funciones públicas por los privados. Según el autor (Op. Cit., p. 38): “*o princípio da subsidiariedade horizontal, levado às suas últimas consequências, comporta o germe de um neoliberalismo extremo que desresponsabiliza a Administração pública das suas tarefas fundamentais, nomeadamente de prestadora de serviços públicos essenciais*”. Todo lleva al autor a decir que el Derecho Administrativo goza en la actualidad de una especificidad abierta y multiforme, donde el Derecho privado, como forma, parece asumir un papel determinante. Ese Derecho Administrativo sin Estado, o mejor, europeo, al fin y al cabo, la supranacionalidad analizada por el autor es la europea, es definido por él como (Op. Cit., p. 69): “*o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autónoma que disciplina directa e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares*”.

Ao lado das relações postas pelo direito administrativo nacional (condicionado pelo direito comunitário e que se estabelecem entre as Administrações dos Estados-membros com os seus cidadãos) estão as relações disciplinadas autónoma e directamente pelo direito administrativo europeu entre a Administração comunitária e os cidadãos europeus (dos Estados-membros).

Estas novas relações jurídico-administrativas comunitárias são fruto do labor do legislador e da jurisprudência comunitária e constituem, segundo julgo, o núcleo duro do direito administrativo comunitário”.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

autolimitación y de la heterolimitación de la Administración Pública a nuevas fuentes de Derecho.

3. La legalidad en el umbral del siglo XXI

Modernamente, la densidad ordenadora de la legalidad se reduce a un **aumento de las fuentes normativas** trayendo incluso lo que muchos llaman de “*neofederalismo normativo*”¹⁸. El sistema constitucional se torno principalista, debilitando la certeza y la seguridad de la actuación administrativa. Así, se la legalidad hubiera sido el soporte del moderno Estado de Derecho, los derechos fundamentales, la subsidiariedad, la legitimidad y el concepto de Constitución como orden de valores, pasaran a ser el soporte del post-moderno Estado de Justicia Democrático de Derecho, o sea, son los cuatro pilares para la construcción de una democracia substantiva y luego del neoconstitucionalismo. La intensidad vinculativa de la normatividad se ha relativizado o se ha diluido, con el surgimiento, por ejemplo, del *soft law*.

Lo que se viene observando es una “*huida*” del **Derecho Administrativo**¹⁹, ya que éste viene sirviendo de obstáculo para el avance de la Administración Pública, de ahí que viene ocurriendo una búsqueda del régimen de derecho privado o, al menos, un régimen jurídico administrativo más flexible, que imprima mayor libertad en la actuación administrativa. En cuanto durante el primer siglo de existencia del Derecho administrativo se buscaba aumentar las garantías de los particulares, limitando las prerrogativas administrativas, en el final de la según siglo de su existencia se asiste a esa “*huida*”, procurando, por esta vía: iludir las vinculaciones creadas por las normas, desarrollar una “*reserva de Administración*” intocable por el Judiciario, entre otras. Por otro lado, es cierto que las normas publicísticas no están siendo apartadas por completo, pero es verdad que se está teniendo una mayor aproximación del Derecho Administrativo al Civil, Comercial y del Trabajo, entre otros.

¹⁸ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 198.

¹⁹ Sobre la huida para el Derecho privado, vide: SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. Civitas. Revista española de derecho administrativo. Madrid, n. 75, p. 399-416, jul-sep, 1992; BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del Derecho administrativo. Civitas. Revista española de derecho administrativo. Madrid, n. 78, p. 233-250, abr-jun, 1993; DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. aplausos y críticas. Revista de administración pública. Madrid, n. 133, p. 57-98, ene-abr, 1994; VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo Aplicado. Curitiba, a. 2, n. 6, p. 637, jul-set, 1995; ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

A ley dejó hace mucho de ser el único fundamento del actuar administrativo, de ese modo el contenido de la **legalidad administrativa se amplió al punto de no se circunscribir apenas a las normas jurídicas**. La ley, ya no es sólo *constitutio*, sino también *actio*; no sólo el mecanismo por excelencia de garantía de la libertad y la propiedad, sino también instrumento de dirección o programación de la acción administrativa. Por eso en muchos sectores la ley se limita a establecer criterios materiales, principios, estándares, objetivos, transfiriendo la decisión de fondo a otros poderes, que han de crear las reglas (generales o de caso concreto) aplicables²⁰.

O sea, ocurre un **agotamiento del positivismo** para la abertura de un espacio dedicado a los valores en el Derecho, introduciendo en éstos los principios, entendidos, no apenas como expresión del núcleo de valor o de referencia doctrinaria integrativa, pero como normas dotadas de eficacia propia y vinculación, aptas a operaren de varios modos sus efectos.

No basta, por lo tanto, que el Estado se someta al Derecho conformado por las leyes, que es su propio producto; es necesario que estas leyes se sometan al Derecho, que es producto de la sociedad. La Ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho.

El tratamiento doctrinal de las fuentes del Derecho Administrativo por mucho tiempo adoptó una concepción positivista, haciendo de la ley la fuente nuclear del Derecho administrativo²¹. La evolución del estudio de la Administración hizo con que temas como la costumbre, los reglamentos, el papel de las normas constitucionales de aplicaciones directas, la existencia de reglamentos independientes, entre otros, fuesen estudiados ampliando las fuentes existentes y por consiguiente las fuentes limitativas de la Administración.

En la actualidad se observa una **remisión de material normalmente dispuestas en ley para normas extrajurídicas**, que pasaran a gozar de obligatoriedad jurídica por fuerza de norma jurídica que para ella remete, siendo incorporadas en el orden jurídico, se traduciendo en una violación de la propia ley remisiva. Las normas extrajurídicas, por lo tanto, poseen por remisión la obligación de definir las pautas y criterios de conducta de la Administración o la definición de los presupuesto de decisión administrativa. Así que, la norma extrajurídica tiene su vinculatividad dependiente de la norma jurídica remitente y cualquier desrespeto a las normas extrajurídicas es un desrespeto a la norma jurídica

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 34.

²¹ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1997, p. 50 y ss.

remitente. Pasan con todo a asumir un efecto vinculativo de la conducta administrativa, adquiriendo fuerza obligatoria propia de las normas jurídicas. Los principales tipos de norma extrajurídicas son: las normas técnico-científicas; las normas morales, éticas o deontológicas; y las normas de pura lógica²².

4. Códigos de conducta como fuentes inter e intrapersonal del Derecho administrativo

Los **códigos de conductas** (CDC) son, quizá, los mejores ejemplos, en la actualidad, de tal transformación del principio de la legalidad administrativa. Estos traducen un movimiento inverso, en que la Administración dentro de sus ámbitos se autorregula de manera técnica, y permite a otros que lo hagan, muchas veces, bajo su correulación, normas técnicas de conducta. Es por lo tanto una de las manifestaciones de los procesos de autorregulación, desregulación y correulación. Dichos códigos no son meras pautas de comportamiento a las que deben ajustarse quienes los elaboran, aprueban y suscriben o adhieren. Son, también, instrumentos de enorme importancia en el desarrollo de las actividades de los sujetos intervinientes.

En el actual contexto globalizado los poderes públicos no poseen a menudo de los resortes adecuados para ofrecer con la rapidez necesaria las respuestas jurídicas eficaces a soluciones de controversias generadas por relaciones entre la Administración y particulares, y entre particulares. Así es que se promueve que sean los propios administrados quienes determinen el régimen jurídico más eficaz para todos. Dentro de este marco, los códigos de conducta contribuyen a eliminar numerosos costes, a uniformizar las actuaciones de los administrados, al tiempo que generan confianza y seguridad.

Son, por lo tanto, un conjunto de reglas, normalmente abiertas a adhesiones futuras, que uno o varios administrados se autoimponen y se comprometen a respetar en la realización de las actividades o actuaciones que les son propias. Resulta de la voluntad firme de quienes los suscriben de quedar obligados a los comportamientos previstos, tanto entre ellos como respecto de terceros, habiendo muchas veces garantías y mecanismos eficaces de control del cumplimiento de estos códigos.

El contenido de un código “*amplía*” las obligaciones ya impuestas por la ley a quienes lo suscriben. El régimen jurídico de estos compromisos que se asumen “*extra legem*”

²² OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 763 y 764.

y se hacen públicos, requiere ser precisado, en especial la posibilidad de que los terceros afectados puedan exigir su cumplimiento²³.

Así siendo, los códigos de conducta puede estar configurados como una **norma de efectos interpersonal externo**, luego limitada por el principio de la juridicidad administrativa²⁴. En ese caso la Administración será el mismo tiempo quien elabora, aprueba y suscribe o adhiere a los CDC, permitiendo que los administrados también le adopten o la Administración será a penas una parte más que suscribe o adhiere a un CDC elaborado por los administrados. Es esa la forma más común de CDC existente.

Sin embargo, los CDC también podrán se configurar como **normas existentes en el ámbito jurídico (orgánicamente interno) intrapersonal**. En estos casos los CDC serán fuentes del Derecho para el respectivo ámbito interno, en la medida en que atribuyen legalmente competencias exclusivas, para la garantía de la distribución constitucional de funciones y potestades a los órganos. Intrapersonales son aún las normas jurídicas elaborada por órganos y servicios dirigentes, que se orientan directamente a penas para sus agentes, para los organismos que están sujetos a orientación, bien como para los organismos y servicios en cuanto institución, y que se regulan en pormenor a persecución de sus

²³ Parece que no se está simplemente ante un “nuevo impulso a la autonomía privada”, más si ante un fenómeno de “privatización” de lo público. Primero fue la privatización de parte de las funciones propias de las Administraciones Públicas, con la subsiguiente “crisis del estado de bienestar”. Ha sido y es la “privatización” de la función judicial, con la irrupción a gran escala del arbitraje y otros mecanismos de resolución amigable. Pero, quizá la utilización masiva de estos códigos pudiera estar abriendo una etapa de “privatización” en la elaboración de las propias normas jurídicas; no sólo porque los Códigos pueden ser considerados como usos normativos cuando cumplan los requisitos preceptivos, sino porque, con independencia de lo anterior, comienzan a alzarse voces favorables a que sean considerados *per se* normas jurídicas.

²⁴ El concepto de legalidad se distingue del de legalidad en sentido amplio, conocido y aceptado como principio de juridicidad elaborado en el seno de la teoría normativista de HANS Kelsen (Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo. Martins Fontes, 1987). ADOLFO MERKL (MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 212 y ss.) distingue entre el principio de la juridicidad de la Administración y el de legalidad, siendo éste “un caso especial de aplicación” de aquél; el primero “no prejuzga, en forma alguna, la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa (...), es una ley jurídico-teórica que se funda en la naturaleza que posee todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas”, mientras que “el principio de legalidad es un postulado jurídico-político, que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva”. Así, todo bloque normativo determina la actividad administrativa y constituye lo que se llama de juridicidad.

Vale recordar que ADOLF MERKL fue el primer a utilizar la terminología (principio de la) juridicidad administrativa. Inclusive fue su influencia que determino la inclusión de la vinculación de los poderes públicos a la ley y al derecho (*sind an Gesetze und Recht gebunden*). Tal marca a superación del positivismo y abre camino para un modelo jurídico basado en normas reglas y principios.

Es en esa perspectiva que JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (ANDRADE, José Carlos Vieira de. O ordenamento jurídico administrativo português. In: AAVV. Contencioso administrativo: breve curso constituído por lições proferidas na Universidade do Minho por iniciativa da Associação Jurídica de Braga. Braga: Livraria Cruz, 1986, p. 40 y 41) habla en principio de juridicidad, como reflejo de la subordinación de la Administración a todo el Derecho. A todo el mundo jurídico, y no apenas a algunas de sus manifestaciones.

MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS GARCIA (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Da Justiça Administrativa em Portugal: sua origem e evolução. Lisboa: Universidad Católica, 1994 (tese de doutoramento), p. 634) critica la expresión juridicidad, alegando que él dice menos del que ofrece, en la medida en que tal concepto cobre la dimensión garantística del Derecho pero deja de fuera, la dimensión intencional.

competencias oficiales, determinadas por normas jurídicas por fuerza del poder de orientación²⁵. Todos poseen eficacia interna. Son de acuerdo con FRANCO BASSI²⁶ comportamientos considerados preferibles. Así que aunque no creen normas con eficacia externa, ellas traducen o imponen una habitualidad de conducta de órganos o agentes y cualquier apartamiento de ellas materializa disparidad de tratamiento. Según HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF y ROLF STOBER²⁷ de estas normas pueden emanar “*casí-derechos subjetivos intrapersonales*”. Para estos autores²⁸ este tipo de normas a penas de forma refleja producen efectos para terceros. Por consiguiente, un desvío a tales normas no constituye ilegalidad. Simplemente por el hecho de que estos conducen a un empleo uniforme de la apreciación y de la discrecionalidad de una norma superior por la autoridad administrativa, reciben, indirectamente por la vía del principio de igualdad o de la protección de las legítimas expectativas un llamado significado autovinculante. Se así no fuera, la vinculación de la Administración a la ley y al Derecho sería puesta a la libre disposición. Por otro lado, recuerda que tal vinculación no puede eliminar el ejercicio de una discrecionalidad que toma en consideración las circunstancias especiales del caso concreto.

5. Códigos de conducta como hetero y autovinculación de la Administración

Los códigos de conductas, además de crear pautas de comportamiento a las que deben ajustarse quienes los elaboran, aprueban y suscriben o adhieren son, también, instrumentos de enorme importancia en el desarrollo de las actividades de los sujetos intervinientes.

Como demostrado, pueden ellos se configurar como normas de efectos interpersonal externo o como normas existentes en el ámbito jurídico (orgánicamente interno) intrapersonal. En ambos casos, funcionarían como limitadores de la subjetividad o autonomía pública administrativa.

²⁵ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. 1, (Original: Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. 11. ed. München: Beck, 1999), p. 333.

²⁶ BASSI, Franco. Lezioni di diritto amministrativo. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 98 y 99.

²⁷ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. 1, (Original: Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. 11. ed. München: Beck, 1999), p. 333.

²⁸ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. 1, (Original: Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. 11. ed. München: Beck, 1999), p. 336 y 337.

Es sabido que la Administración Pública, es limitada por el Derecho. La Administración ya no posee apenas una vinculación positiva y negativa a la ley²⁹, está ella vinculada, por lo tanto, a la juridicidad administrativa. Está, será todo que un Poder, política y constitucionalmente legitimado, crear e imponer como tal. PAULO OTERO³⁰, afirma que Derecho es: *“tudo aquilo que o Poder político emana ou, caso não seja por si produzido, apenas aquilo que esse mesmo Poder permite que seja aplicado pelos órgãos do Estado”*.

Ahora, ni todo derecho resulta de un proceso formal, voluntario o intencional. De ese modo, existen **fuentes que heterolimitan el Poder**, no poseyendo el Estado cualquier disponibilidad en su creación. Así siendo ni la ley tiene el monopolio de creación de la normatividad, ni el Estado es protagonista exclusivo de la creación del Derecho. Y, también, existen **fuentes que autolimitan el Poder**, decurrentes de normas producidas o aceptas por este.

Eso significa que la vinculación del poder depende de la voluntad de ese mismo Poder, pero no apenas eso; actualmente, existen otras fuentes de Derecho que vinculan el Poder, no pudiendo este apartar o derogar ciertas limitaciones, demostrando que el poder tan poco es ilimitado.

Defendiendo ese punto de vista, PAULO OTERO³¹ afirma existieren dos tipos de normas cuando se habla de fuentes del Derecho administrativo³²:

²⁹ GÜNTHER WINKLER (WINKLER, Günther. *Der Bescheid*. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956) es el primer a tratar del sentido negativo del principio de la legalidad, que refiere que la Administración puede hacer todo aquello que la Ley no prohíbe. El sentido positivo de la legalidad tiene el sentido de que aquella no puede actuar sin previa y expresa habilitación de ésta, o sea, la Administración puede hacer aquello para lo que la ley expresamente le habilite. Esa dupla fase es la expresión del moderno principio de legalidad.

Luego el principio de la legalidad significa que la Administración, además de estar desde luego sometida a la ley no pudiendo violarla, para actuar en ciertos ámbitos materiales necesita una ley formal previa que determina y condiciona su actuación ulterior.

³⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 373.

³¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 374 y 375.

³² El autor trabaja la clasificación de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: policopiado, 1976, v. I, p. 290 y ss y 322 y ss) que distingue entre fuentes no voluntarias y fuentes voluntarias.

Las fuentes no voluntarias serían a parcela de la orden jurídica general que se presenta *“como algo de inciado, sob uma forma não deliberadamente organizada”*, agrupan los principios jurídicos fundamentales, os principios generales de derecho administrativo, la costumbre, la costumbre internacional y los principios generales de derecho común de las naciones civilizadas.

Las fuentes voluntarias engloban el elenco de un extenso catalogo, entre ellos la Constitución, el reglamento, las leyes de revisión constitucional, convenciones internacionales, leyes, decreto-leyes, resoluciones, decretos del presidente, decretos regionales, leyes y decreto-leyes de los órganos legislativos de los territorios colonizados por Portugal, asientos, estatutos, regimientos, convenciones jurídicas, jurisprudencia y doctrina.

“aquelas que exercem uma função limitativa para o próprio Poder, envolvendo actos de natureza heterovinculativa, e, por outro lado, normas que, produzidas ou aceites por esse mesmo Poder, assumem uma natureza autovinculativa.

Desta dupla natureza das fontes de Direito Administrativo se pode extrair, simultaneamente, um primeiro e nuclear critério de hierarquização das normas, conferindo-se primazia às fontes heterovinculativas sobre as fontes autovinculativas, isto é, dotando de prevalência as normas limitativas do Poder sobre as normas que expressam a vontade desse mesmo Poder”³³.

³³ De acuerdo com PAULO OTERO (OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 382), dentro de las fuentes heterovinculativa hay dos situaciones, según el autor: las fuentes voluntarias de Derecho Administrativo que, dotadas de una intencionalidad específica, pueden siempre ser revocadas, modificadas o suspendidas por el mismo proceso formal por el cual fueran elaboradas; por otro lado, las fuentes no voluntarias de Derecho administrativo que, ejerciendo también un función heterovinculativa de la Administración Pública integran sectores normativos que escapan a todo proceso formal o intencional de alteración, tal como sucede con los principios jurídicos fundamentales, sin perjuicio de incluir también fuentes pasibles de alteración intencional por el legislador, siendo ese el caso de normas consuetudinarias y de los principios generales del Derecho administrativo.

En sentido opuesto a heterolimitación PAULO OTERO (Op. Cit., p. 382) recuerda que la Administración posee la particularidad de comportar un sector normativo, una vez que la orden jurídica reconoce al propio órgano administrativo la susceptibilidad de emanaren normas reguladoras de su actividad o de terceros. Aquí, informa el autor, habrá autovinculación. Hay, por lo tanto, en todos sistemas jurídicos un área normativa cuya génesis y vigencia no se funda en una intencionalidad específica del decisor político o en una conducta voluntariamente dirigida a la configuración de los respectivos efectos.

De ese modo, dos puntos han de ser resaltados, ni todo el Derecho vigente es siempre el resultado de un proceso formal, voluntario o intencional, tan como, ni todo Derecho formalmente declarado como vigente se podrá considerar como estando realmente vigente, sea porque fue declarada una disconformidad entre las normas, porque no posee una declaración formal de vigencia, porque falta efectividad social, o por desuso.

En el ámbito de las fuentes no voluntarias o no intencionales del Derecho, traduciendo una normatividad heterovinculativa de la Administración, se encuentra de acuerdo con PAULO OTERO (Op. Cit., p. 389 y ss) cuatro categorías: los principios jurídicos fundamentales; el Derecho internacional público general o común; los principios generales del Derecho administrativo; y la costumbre.

Centrando ahora en el análisis de las fuentes voluntarias o intencionales del Derecho administrativo, PAULO OTERO (Op. Cit., p. 395 y ss) afirma que estas poseen su génesis en procesos inmediata o mediatamente dependientes en términos exclusivos del Estado, pudiendo distinguir dos tipos de fuentes en sus relaciones con la Administración Pública: las fuentes heterovinculativas y las autovinculativas.

Las fuentes voluntarias internas heterovinculativas son cinco: la Constitución; los actos legislativos (leyes, decreto-leyes, etc.); los actos practicados en el ejercicio de la función política; la jurisprudencia; y la doctrina. Ya las fuentes voluntarias internas autovinculativas, o sea, las fuentes producidas en el ámbito de la orden jurídica interna del Estado que ejercen una autovinculación para la Administración, envolviendo la intervención de los órganos administrativos en la producción de este tipo de legalidad que limita la propia conducta de la función administrativa, hay dos distintos grupos de situaciones: los casos de autovinculación unilateral; y los casos de autovinculación bilateral.

La autovinculación unilateral que confiere a alguna estructura de la Administración un exclusivo de intervención decisoria que prescinde de la intervención constitutiva de cualquier otra voluntad puede expresarse en las siguientes principales manifestaciones: reglamento administrativo; actos administrativos constitutivos de posición jurídica subjetiva o precedente; directrices; y promesa unilateral.

Ya la autovinculación bilateral envuelve siempre una partilla de la Administración con otro o más voluntades, surgiendo aquella como el resultado de un acuerdo o confluencia entre dos o más sujetos jurídicos, entre los principales existe: los acuerdos de concertación social; los acuerdos endo-procedimentales; los acuerdos

Se reconoce así un **normatividad “oficial”** expresa por el Derecho escrito que es producido por los órganos formalmente habilitados para o efecto, y una **normatividad “no oficial”** generada de hecho y informalmente un función *praeter legem* o *contra legem* en relación al Derecho escrito. Se observa así una dupla dimensión normativa en los sistemas jurídicos. Tal pluralidad lleva a un verdadero **concurso de fuentes** que tienen que convivir, provocando distintos niveles de incidencia que por consiguientes crean un protagonismo de la Administración a la hora de determinar la normatividad reguladora de su conducta y en su respectiva interpretación y aplicación³⁴.

Siendo así, los códigos de conductas, cuando configurados como normas de efectos interpersonal externo será una fuente heterolimitativa del Poder cuando el CDC tenga sido elaborado por los administrados y la administración sea más una que lo suscribe o lo adhiere y, también, autolimitativa cuando la Administración sea quien elabora, aprueba y suscribe o adhiere a los CDC. Ya cuando configurado como normas existentes en el ámbito jurídico (orgánicamente interno) intrapersonal será, necesariamente, a penas una fuente autolimitativa del Poder, que apenas limita las distintas subjetividades o autonomías públicas administrativas porque uniformiza las actuaciones de los agentes que las deber obedecer, generando confianza, seguridad y expectativa de los administrados. Aquí, los agentes se autoimponen y se comprometen a respetar en la realización de las actividades o actuaciones que les son propias. Resulta de la voluntad firme de quienes los suscriben de quedar obligados a los comportamientos previstos, tanto entre ellos como respecto de terceros, por eso HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF y ROLF STOBER³⁵ afirman ser normas que pueden emanar “*casí-derechos subjetivos intrapersonales*”.

substitutivos del procedimiento administrativo; las convenciones intra-administrativas; los acuerdos de transacción de contencioso administrativo; los contratos promesa, las convenciones de arbitraje, los acuerdos pre-contractuales; y aún todas las restantes especies de contratos administrativos y contratos de Derecho privado envolviendo la Administración Pública.

Hay aún en la actualidad, según PAULO OTERO (Op. Cit., p. 399 y 400) los procesos de formación externo al Estado, o sea, que no envuelven su decisión exclusiva siendo de ellos totalmente independientes y por lo tanto, heterovinculativas. Son tres grupos normativos que comenta el autor: el Derecho comunitario o Derecho de la Unión Europea; el Derecho internacional convencional (tratado o acuerdo); y el Derecho proveniente de organizaciones internacionales.

³⁴ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 418.

³⁵ WOLFF, Hans Julius; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. Direito Administrativo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, vol. 1, (Original: Verwaltungsrecht Band 1: ein Studienbuch. 11. ed. München: Beck, 1999), p. 333.

6. Divergencias en torno de la autovinculación administrativa

Se cuestiona si de entre todas las fuentes habilitantes (voluntarias o no voluntarias), entre ellas, como visto, los códigos de conductas, es legalmente admisible que el órgano detentor de un margen de libertad, la discrecionalidad, por ejemplo, atribuida por precepto o comando jurídico para decidir en determinada materia, limite ese poder, fijando, para el futuro, los términos en que vaya hacerlo, inclusive transformándola en una actuación reglada.

O sea, si **es admisible que la propia Administración se autovincule** y si su agente público está obligado a obedecer las reglas creadas por su propio órgano. A esto respecto, o sea, a respecto de la cuestión de admisibilidad o no de la autovinculación por medio de reglas generales y abstractas, la doctrina diverge entre los que creen posible y los que no.

Según BERNADO DINIZ DE AYALA³⁶, no es pacífico la idea de autovinculación, se cuestiona si se puede y en qué casos pueda desvirtuar la voluntad legislativa de atribuir un margen de libertad, pues según el autor esa puede configurar una huida al margen conferido por la norma.

La autovinculación es cuestionable pues crea bases para armonizar conductas futuras, y en esa medida crea la posibilidad de tratamiento igual a situaciones materialmente idénticas, respetando el principio de la igualdad. Además trae la autovinculación una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, principalmente con relación a la tutela de las expectativas legítimas. Además, el principio de la buena fe será respetado siempre que no haya violación del instrumento de autovinculación.

De acuerdo con parte de la doctrina³⁷, no es posible la formulación de reglas generales y abstractas limitadoras de la discrecionalidad, pues en esos casos se estará limitando un poder que la norma le atribuye, y ésta al atribuir discrecionalidad obliga a una ponderación de los casos concretos. Además, la creación de reglas generales y abstractas por el órgano competente para decidir constituye una violación de la regla de que ninguna entidad administrativa dispone de poder reglamentar, y por fin argumentan que la atribución de una competencia autovinculativa podría conducir a la posibilidad de modificación de la ley por una fuente de valor inferior.

³⁶ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 173 y ss.

³⁷ OLIVEIRA, Mário Esteves de. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1980, v. I, p. 262-264; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Lições de Direito Administrativo. Coimbra: policopiado, 1976, v. I, p. 448; GOMES, José Osvaldo. Fundamentação do acto administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 137-138.

Ahora bien, para los que creen posible la formulación de reglas generales y abstractas que limiten la discrecionalidad³⁸, el hecho de crear una regla con tales características reduce la posibilidad del comportamiento de la Administración ser discriminatorio. Además si el órgano posee discrecionalidad, tiene, lógicamente, el deber-poder de dar a conocer anticipadamente el sentido de su actuación.

Para BERNADO DINIZ DE AYALA³⁹ no podrá existir autovinculación cuando cumulativamente el instrumento que la Administración utilizar para tanto tuviera eficacia externa e interpretar, integrar, modificar, suspender o revocar cualquiera de los preceptos o comandos jurídicos que confieren discrecionalidad. Del mismo modo, caso la norma que confiera el margen sea otorgada para caso a caso, de forma casuística, no podrá haber autovinculación. Sin embargo, la admite en los casos en que se extraía de la norma la posibilidad de la Administración armonizar “*ex ante*” su conducta con base en la experiencia sedimentada al largo de los años.

Otra posición que merece destaque es la de PAULO OTERO⁴⁰ que afirma ser tal vaciamiento de la discrecionalidad pasible de operarse por medio de mecanismos normativos y no normativos.

El ejercicio concreto de la discrecionalidad viene siendo antecedido de una determinación normativa de los parámetros o reglas de actuar, que en momento posterior, son aplicados en las decisiones individuales. Son estos, según el autor mecanismos normativos de autolimitación de la discrecionalidad, que como ya mencionado muchos critican tal posibilidad afirmando que es una forma de desvitalización de la esencial de la discrecionalidad, en la opinión de PAULO OTERO⁴¹:

“Uma tal postura crítica da autolimitação do poder discricionário por via da definição ou predeterminação normativa decisória de todos os futuros casos semelhantes tem sido entendida como uma forma de recusa de uso do poder discricionário, reconduzível a uma ilegalidade por erro de direito sobre a competência, ou, nos termos

³⁸ BOQUERA OLIVER, José Maria. Estudios sobre el acto administrativo. Madrid: Civitas, 1982, p. 95 y 96; AMARAL, Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 2001, vol. II, p. 150; ABREU, Jorge M. Coutinho de. Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade. Coimbra: Almedina, 1987, p. 175-179.

³⁹ AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 173 y ss.

⁴⁰ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 850.

⁴¹ Op. Cit., p. 852.

de uma concepção mais moderada, tem sido considerada ilegal apenas quando dela resulte prejudicada a apreciação das particularidades de cada caso concreto, se era esta a intenção da lei ao «conceder» o poder discricionário.

(...)

não se pode negar ao poder regulamentar a faculdade de intervir antecipadamente na predeterminação do exercício de tal discricionariedade, estabelecendo autolimites de natureza autovinculativa ou heterovinculativa, salientando-se, todavia, que nunca poderá essa intervenção conduzir, sob pena de ilegalidade, a um esgotamento de apreciação e de ponderação das circunstâncias de cada caso concreto”.

Con relación a los mecanismos no normativo, el autor también habla sobre la admisibilidad jurídica de la retirada del espacio de autonomía por los acuerdos endoprocimentales, contratos administrativo y por el poder de dirección ejercido por el superior jerárquico. Concluye que⁴²:

“a lei ao atribuir uma competência discricionária ao subalterno sujeita-a sempre ao poder de direcção do respectivo superior hierárquico, sendo possível afirmar que a emanação de uma ordem (ou instrução) poderá comportar a abolição da discricionariedade do subalterno.

A ordem jurídica confere à Administração Pública através dos seus órgãos hierarquicamente superiores, deste modo, um poder conformador e, se necessário, reconfigurativo do exercício de toda a discricionariedade decisória atribuída por essa mesma ordem jurídica à esfera de competência dos órgãos subalternos: se se pode dizer que a competência dos subalternos é expressão subsidiária ou parcial de uma outra competência que a domina sempre que aquela se manifesta (ou, por outro lado, sempre que se pretende manifestar), igualmente se torna patente a faculdade de um órgão expropriar a

⁴² Op. Cit., p. 859.

liberdade decisória de outro, comprovando a flexibilidade da própria legalidade administrativa nas mãos da Administração Pública”.

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA⁴³ al tratar de tal discusión distingue entre disposición de la discrecionalidad y ejercicio anticipado de la discrecionalidad. Para el autor la discrecionalidad es indisponible por parte del órgano que la detiene, siendo así: “*A não ser através da emissão de normas regulamentares da sua competência e consentidas pelos diplomas regulamentares, a Administração não pode criar antecipadamente pressupostos abstractos de decisão que a vinculem a proferi-la em certo sentido no futuro sempre que surjam as situações e, portanto, sem atender às condições específicas de cada caso concreto que venha a subsumir-se na previsão normativa*”. Para el autor se la norma jurídica configurar la discrecionalidad como una potestad, es en esa calidad que tendrá que ser ella ejercida. Entiende que una cosa es la renuncia al ejercicio del poder como discrecional, mediante una vinculación genérica de la Administración a ejércelo en sentido prefijo siempre que sobrevenga las situaciones típicas, otra es la anticipación cuanto al sentido de una cierta decisión o de un conjunto determinado de decisiones.

Se entiende que el debate posee su función de ser, sin embargo, se partilla del entendimiento del derecho anglosajón de que la discrecionalidad debe ser ejercida dentro de límites concretos fijados por la norma que la haya conferido, de manera que su inflación convierte la decisión en “*ultra vires*” siendo así controlable como “*error of law*”. Bajo tal perspectiva, de acuerdo con PETER CANE⁴⁴, en el *Common Law* la propia Administración puede establecer principios, directrices o estándares (*guidelines*) para resolver ciertos supuestos, autolimitando sus potestades discrecionales, sin embargo, esas orientaciones no tienen por sí mismo valor vinculante pero, dado que crean legítimas expectativas sobre la manera de actuar de la Administración, ésta debe conformarse a ellas o motivar el abandono o el cambio de criterio⁴⁵.

Así lo es no apenas con relación a los mecanismos normativos, pero también con relación a los no normativos. DAVID DUARTE⁴⁶, sostiene que toda norma de decisión tendrá “*fuerza de norma jurídica*” por una cuestión de respeto al principio de la práctica

⁴³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão da edição de 1987), p. 749 y 750.

⁴⁴ CANE, Peter. An introduction to Administrative Law. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 67-69 y 71-74.

⁴⁵ Se volverá a hablar de estos aspectos cuando se comentar el deber de observancia a las costumbres, las praxis, prácticas y usos administrativos y a los precedentes administrativos.

⁴⁶ DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

reiterada de actos o la práctica constante indicativa de comportamiento y entendimiento ya sedimentados. Es una derivación del principio de la confianza legítima, de la seguridad jurídica, de la previsibilidad y de la igualdad, ya que si el Administrador toma decisiones reiteradas en determinados supuestos, establecerá él mismo una autovinculación sobre su actuación, caso contrario se estaría vulnerando los principios arriba mencionados. Así también entiende MARIANO BACIGALUPO⁴⁷ al afirmar que: *“la práctica reiterada en el ejercicio de una potestad discrecional (que no sea contraria al Derecho) genera una autovinculación de la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad (Selbstbindung der Verwaltung) por efecto (mediato) del principio de igualdad. Si la práctica administrativa tiene su origen en el sometimiento (interno) del ejercicio de la potestad discrecional a prescripciones administrativas o circulares internas (instrucciones u órdenes de servicio), el principio de igualdad proporciona a éstas, pues, un efecto (auto-)vinculante cuasi-normativo”*⁴⁸.

EVA DESDENTADO DAROCA⁴⁹, por ejemplo, afirma que los mecanismos como el precedente administrativo carecen de valor normativo, no siendo fuente del ordenamiento jurídico-administrativo. Pero afirma que ese posee un cierto valor vinculante para la propia Administración:

“La actuación anterior de la Administración condiciona la actuación presente de la misma exigiéndole un contenido similar para casos similares. Este efecto de la práctica administrativa reiterada tiene especial transcendencia en el ejercicio de las potestades discrecionales, pues opera en él un límite de no escasa importancia cuando se trata de potestades cuyo ejercicio es reiterado. Si la Administración resolvió un caso en un determinado sentido, aunque sea en el ejercicio de una potestad discrecional, si posteriormente se le plantea

⁴⁷ BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 119.

⁴⁸ Argumenta este autor (*Ibidem*, p. 246, 247) que el postulado de una reserva normativa *universal* (es decir, la exigencia de que toda actuación singular de la Administración esté previamente habilitada, al menos, por norma reglamentaria) también tiene sus inconvenientes, fruto, precisamente, de la inderogabilidad singular de las normas (reglamentarias). Y afirma: *“(…) lo que se gana en justicialidad se pierde, posiblemente, en flexibilidad de la actividad administrativa. Por ello, resulta preferible, en ocasiones, que la Administración autovincule su actuación (no sometida a reserva de ley, ni regulada por ésta) sólo indirectamente a través del principio de igualdad (art. 14 CE), ajustando el ejercicio de su potestad discrecional, con carácter general, a instrucciones u órdenes de servicio (circulares), que no impiden, por carecer de valor propiamente normativo, el apartamiento justificado en causas objetivas y razonables”*.

⁴⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 184.

el mismo supuesto u otro similar, la Administración no puede, sin más, adoptar esta vez una resolución de signo contrario, pues ellos no se ajustaría a diversos principios generales del Derecho”.

Así, se entiende que la discrecionalidad quedan condicionadas a los límites de la ley y de las reglas dictadas por la propia Administración por guiar el desarrollo de cada una de sus actividades.

Conclusiones

De entre muchos desafíos que el constitucionalismo enfrentará en el siglo XXI uno de ellos es el concurso de fuentes, toda vez que toca los distintos poderes, o mejor, funciones del Estado.

Modernamente, el Legislativo perdió el “*monopolio*” legislativo para ejercer el “*monopolio*” de la política legislativa, que hace por medio de normas generales y de la deslegalización/delegificación. El Ejecutivo perdió la herencia autocrática y ve enflaquecido el postulado de la supremacía del interés público para ganar amplitud en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, en el empleo de la discrecionalidad, y en el ejercicio de la regulación de sectores deslegalizados/delegificados. Y, por fin, el Judiciario, deja de ser mero intérprete de la ley para pasar a ser, o mejor, volver a ser intérprete del Derecho, guardián de la justicia y de los valores jurídicos de la sociedad.

Se espera que las transformaciones inherentes al Derecho administrativo que vienen cambiando la idea básica del principio creador de ese Derecho, o sea, del principio de la legalidad, que básicamente sirve para tipificar la actividad administrativa y garantizar la previsibilidad de la Administración, además de tutelar el control al abuso de poder, no traigan prejuicios en la lucha contra las inmunidades del poder.