

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN(*)

Contribución a la teoría del Estado de derecho

Por

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

SUMARIO: I. *Concepto y extensión de las relaciones especiales de sujeción:* a) Weimar. b) Bonn. c) Notas características de las relaciones especiales de sujeción. d) Figuras jurídicoadministrativas que son relaciones especiales de sujeción.—II. *El Principio de la Legalidad de la Administración como institución de la relación general de sujeción:* a) La doctrina tradicional. b) La doctrina bajo la Ley Fundamental de Bonn.—III. *El Principio de la Legalidad de la Administración y su validez en las relaciones especiales de sujeción:* a) La concepción tradicional. b) La Ley Fundamental y la validez del Principio de Legalidad en las relaciones especiales de sujeción. c) La decisión jurídicoadministrativa por el Estado de derecho. Relación con la problemática estudiada. d) La aplicación del Principio de Legalidad en las relaciones especiales de sujeción.

Dentro del ámbito que abarca el concepto de «relación especial de sujeción» (**) (sigla: RleS) se plantean, por lo menos, tres problemas: la

(*) Este estudio es una ponencia presentada en el Seminario de Derecho Público del profesor MAUNZ, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, en el mes de diciembre de 1960. Se tiene en cuenta exclusivamente la realidad jurídica alemana.

El autor de este trabajo tiene una preparación y dirección de Derecho Constitucional, es decir, Derecho Político. Sin embargo, este trabajo se adentra en lo administrativo y se publica en una revista de esta especialidad. Y esto es hasta cierto punto sintomático; cuando la norma constitucional se presenta con total pretensión de validez, cuya realización eficaz es llevada a cabo por la jurisdicción constitucional, entonces, rara vez un tema de Derecho Administrativo no roza lo constitucional y rara vez un planteamiento profundo de un tema constitucional no lleva a lo administrativo. Bien que se admita la inexacta tesis de FORSTHOFF de que la ciencia del Derecho Administrativo sustituye a la ciencia del Derecho Constitucional, bien que se lea una de las obras más importantes de Derecho Público de la República Federal de Bonn, el *Comentario a la Ley Fundamental*, de MAUNZ-DÜRIG, que demuestra cómo la reflexión detenida sobre la ley constitucional corrige planteamientos de Derecho Administrativo, el resultado es el mismo: es el estudio de lo normativo—y de la problemática que esté en íntima relación con él—lo que da unidad, complemento y relevancia a la Ciencia del Derecho Público.

(**) Se traduce «besonderes Gewaltverhältnis» por relación especial de sujeción. Los traductores del *Tratado de Derecho Administrativo*, de E. FORSTHOFF—salvo página 194, relación particular de poder—han traducido este concepto por relación especial de poder; la misma terminología se encuentra en el *Tratado*, II, página 149 y nota 19, de GARRIDO FALLA. Siguiendo

validez del Principio de la Legalidad de la Administración (PLdA), la validez de los Derechos Fundamentales y la cuestión de la protección jurídica (1). El presente estudio trata solamente el primero de estos problemas (2). La lectura de este trabajo se debe hacer desde lo que SCHMITT llamó (*Legalität und Legitimität*, especialmente en la Introducción; vid. JELLINEK, *Allg. Staatslehre*, p. 613; KELSEN, *idem*, t. e., página 446) el Estado Legislativo o de Legislación (también en *Hüter*

do a ROMANO, GARCÍA DE ENTERRÍA ha sugerido Supremacía especial y Supremacía general. Han sido varias las razones para haber preferido la designación de relación especial de sujeción. Todas las definiciones que se dan en este concepto están hechas desde el sometido y no desde el poder, es decir, RleS = la situación de sometimiento, etc. De ahí que se haya sugerido en la doctrina alemana otra terminología: relación de sometimiento (MAUNZ) o relación especial de deber (ULE, WOLFF). Lógicamente, se exige un mismo plano entre el concepto a definir y la definición; así, si se habla de poder, habría que decir en qué consiste ese poder, cuáles son sus límites, etc., es decir, justamente lo que es problemático. Desde un punto de vista estrictamente dogmático, el estudio de la relación especial de sujeción se fija en la relación y no en el poder. Es este punto de partida—el de la relación—, como se verá en este trabajo, lo que ha llevado a ampliar el campo de la Legalidad, es decir, a fortalecer el Estado de derecho. Sea también dicho que MAYER, al traducir este concepto al francés, habla de: «rapports de sujection particulières» (tomo I, pp. 128 y 137). De cualquier manera, si se quiere traducir el concepto desde «arriba», desde el poder, la terminología más apropiada sería la de Supremacía especial.

(1) KRÜGER, «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW), 1953, p. 1.369; THIEME, «Die öffentliche Verwaltung» (sigla DÖV), 1956, p. 521. Paralelamente, las tres primeras sesiones del semestre de invierno del Seminario del profesor MAUNZ han tratado, respectivamente, de las RleS y el principio de la Legalidad de la Administración, de los Derechos Fundamentales en el ámbito de los funcionarios públicos y de la protección jurídica en la relaciones especiales de sujeción.

(2) Sobre el tema: ANSCHÜTZ, G.-MEYERS, G.: *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, I, Munich, 1914; ANSCHÜTZ, G.: voz «Gesetz», en el *Wörterbuch* de FLEISCHMANN-STEMPEL, t. II, p. 212; BACHOF, O.: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, «Veröff. Vereinigung Deutschen Staatsrechtslehrer», cuaderno 12 (sigla VVDStRL); *idem*: *Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisungen*, en el *Libro Homenaje a Laforet*, 1952; ERMACORA, F.: *Die besonderen Gewaltverhältnisse in Osterreich*, DÖV, 1956, p. 532; FLEINER, Fr.: *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1928; FORSTHOFF, E.: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 7.^a ed., Munich, 1959; FREUDENBERGER, G.: *Beiträge z. Lehre v. besond. Gewaltverhältnissen i. öff. Recht*, tesis doctoral, Munich, 1931; HAMMAN, A.: *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, v. 23-5-1949, Berlin, 1956; KÖHL, G.: *Die besonderen Gewaltverhältnisse im öfftl. Recht*, tesis doctoral, Berna, 1955; KRÜGER, H.: *Rechtsverordnungen und Verwaltungsweisungen, Homenaje a Smend*, 1952; *idem*: *Das besondere Gewaltverhältnisse*, VVDStRL, 15; LEISNER, W.: *Die schützwürdigen Rechte im besond. Gewaltverhältnis*, «Deutsches Verwaltungsblatt» (DVBL), 1960, p. 618; LERCHE, P.: *Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBL, 1953, p. 626; MANGOLDT-KLEIN, H., F.: *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar, 2.^a ed., Berlin 1957; MAUNZ, T.: *Deutsches Staatsrecht*, 9.^a ed., Munich, 1959; MAUNZ-DÜRIG, T., G.: *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1960; MAYER, O.: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., 1924; NAWIASKY, H.: *Forderungs- und Gewaltverhältnis*, Homenaje a Zittelmann, 1913; OBERMAYER, K.: *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, 1956; *idem*: *Der Vorbehalt des Gesetzes und das Bundesverfassungsgericht*, DVBL, 1959, p. 354; THOMA, R.: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (HdbDSiR), II, p. 221 ss.; *idem*: *Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht*, Homenaje a O. Mayer, 1916; *idem*: *Polizeibefehl im badischen Recht*, I, Tubinga, 1906; ULE, C. H.: *Das besondere Gewaltverhältnis*, VVDStRL, 15; WOLFF, H.: *Verwaltungsrecht*, I, 3.^a ed., Munich, 1959; THIEME, W.: *Die besonderen Gewaltverhältnisse*, DÖV, 1956.

der Verfassung, p. 75, y en su *Teoría de la Constitución*, cap. 13, Estado Ley), esto es, un Estado en el que el peso recae en la existencia de leyes, es decir, normas anteriormente emitidas con carácter duradero y general, y con un contenido susceptible de ser medido y definido. Esto no es óbice para que exista un fuerte elemento judicial o administrativo, como el mismo SCHMITT (pp. 10 y 17) indica siguiendo a THOMA. Frente a este Estado Legislativo está el Estado de Gobierno y el Estado de Administración; aquí lo decisivo es la orden, la medida, el mandato emitido para enfrentarse con una situación determinada. Y la consecuencia es, en teoría, una Administración creadora y libre de trabas legales. Por ello no cabría, sin ironía, leer este trabajo—que trata de la Legalidad de la actividad administrativa en un determinado campo jurídico: las relaciones especiales de sujeción, y entre ellas, la del funcionario en la Administración—desde un plano donde la legalidad administrativa en la relación general de sujeción es problemática y donde el funcionario detenta la *potestas*.

I

CONCEPTO Y EXTENSIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN.

a) El primero (3) en emplear con éxito fué LABAND; sin embargo (4), ya en *Grundlinien des allgemeinen Staatsrechts*, 1845, de SCHMITTHENER, se encuentra la distinción entre una relación en la que existe una pretensión jurídica y aquella que está determinada por la existencia de un deber de carácter estatal. LABAND usó este concepto de RleS con el fin de aclarar la situación jurídica de los funcionarios públicos en relación con sus superiores. El concepto fué posteriormente desarrollado por JELLINEK (*Subj. öffel. Recht*, p. 215), THOMA (*Polizeibefehl.*, p. 17), NAWIASKY (*Homenaje a Zittelman*), FLEINER (*Institutionen*, p. 139). Pero es en primer lugar a OTTO MAYER (5) a quien se debe el que este concepto se impusiera rápidamente y de manera general en Derecho Administrativo (6). Alude a este concepto ya en 1888; en la

(3) MAYER, *VerwR*, I. p. 102. nota 1.

(4) THIEME, I. c.

(5) MAYER, I. c.

(6) FORSTHOFF, *VerwR*, p. 114. nota 1.

tercera edición (1924) de su gran tratado y en la sección dedicada al acto administrativo escribe: «En conexión con el acto administrativo, pero esencialmente diferente de él, se encuentra la *instrucción* que se da en la relación de sujeción. Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. Cuando aquí se habla de relación especial de sujeción, se hace entonces referencia a esa acentuada dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración Pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial. Ejemplo de esto es el poder, por razón de servicio, sobre los funcionarios, el poder de vigilancia sobre los usuarios de determinadas instalaciones de Aduanas y del régimen fiscal, el poder institucional sobre todo aquello que entra en la empresa del poder público». Esta RleS, indica MAYER, significa siempre «un estado de libertad restringida, en el cual el afectado se tiene que ajustar a lo que le exija el fin de la Administración Pública».

Esa relación de dependencia (7), ese estado de libertad restringida, esa imposibilidad de establecer con anterioridad la extensión y el contenido de las prestaciones, la sustitución del acto administrativo por la instrucción (8), el hecho «de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no tienen su origen directamente en la Ley, sino en el derecho, creado por la Ley, para ordenar» (9), serán notas esenciales con las que la doctrina caracterizará el concepto de RleS.

Una serie de situaciones jurídicoadministrativas serán clasificadas bajo este concepto. FLEINER (10), por ejemplo, escribe que «en una RleS se encuentra el ciudadano en su calidad de funcionario, o aquel que penetra en un establecimiento público (escuela, ejército, prisión), o aquel que está sometido a una especial vigilancia por razón de sus deberes fiscales». También considera como RleS la prestación de los seguros de enfermedad y de accidentes. Tanto la vaguedad conceptual sobre la determinación de la RleS, así como la diferencia de las opiniones en torno a las figuras jurídicas que deberían ser referidas a la RleS, disparidad ésta que surge en cualquier estudio que sobre esta materia se haga, se explican por el gran número de relaciones que al principio

(7) FLEINER, *Institutionen*, p. 114. nota 45.

(8) MAYER, l. c.

(9) THOMA, *Polizeibefehl*, p. 35.

(10) Op. cit., p. 165 y nota 7. Cfr. NAWIASKY, *Homenaje a Zittelmann*, p. 35 y su *Allg. Rechtslehre*, pp. 244 ss.; FREUNDENBERGER, *Beiträge*, p. 171.

fueron consideradas como RlesS. Así, THOMA, en 1906 (*Polizeibefehl*, pp. 18 y 19), señalaba como ejemplos: la subordinación del criado al poder del señor, la del trabajador al del propietario de la fábrica, y esto expresado en disposiciones laborales con sanciones penales; la Caja de Seguro Social sobre los asegurados, sobre el empresario las asociaciones profesionales, sobre los funcionarios las autoridades superiores con su derecho de ordenar y poder disciplinario; médicos, abogados, farmacéuticos, se ven sometidos a un tribunal disciplinario compuesto por miembros de sus respectivas profesiones; trabajadores manuales a un gremio o sindicato obligatorio, y terratenientes a una compañía de aguas o de montes; el estudiante está subordinado a la disciplina universitaria, el viajero de servicios públicos a las órdenes del cobrador o revisor; el asistente a una sesión oficial está sometido a las órdenes del presidente, el miembro de una asociación a las decisiones del Consejo directivo, etc. Y a esto se añade los que se encuentran en el servicio militar, los niños (poder paternal, y en la escuela, al poder de dicho establecimiento) y los presos.

Unos cuantos años después de esa gran obra de la ciencia del Derecho Público alemán, el *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, que por el año en que fué escrito, 1932, hace pensar en una especie de testamento espiritual de la República de Weimar, se vuelven a tratar las relaciones especiales de sujeción (RlesS) en un trabajo escrito por JACOBI sobre los reglamentos administrativos. Cita como RlesS de carácter público (tomo II, op. cit., p. 355) el cargo o servicio en la estructura administrativa pública (soldados, jueces y funcionarios), las relaciones de los usuarios con los establecimientos públicos, el control fiscal, el carácter de miembro de asociaciones de Derecho Público.

b) Tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental (GG) de Bonn en 1949, ha sido tratada la problemática que plantea la RlesS desde diferentes puntos de vista. Así, ha sido estudiada en conexión con la protección jurídica (11), con el concepto de acto administrativo (12), o en relación con los derechos fundamentales (13). Pero una investigación dedicada exclusivamente a las RlesS y a las normas jurídicas que a ellas

(11) KRÜGER, NJW, 1953, p. 1.369.

(12) BACHOF, *Die Verwaltungsrechtliche Klage auf die Vornahme einer Amtshandlung*, 1951; OBERMAYER, *Verwaltungsakt*, 1956, p. 84 ss.

(13) KRÜGER, Hildeg.: *Die Grundrechte in besonderen Gewaltverhältnissen*, «Ztschf. f. Beamtenrecht», 1956, p. 209; v. MANGOLDT-KLEIN, *Komm.*, p. 133.

hacen referencia estaba por hacer (14). Y así, se pudo decir que «la relación entre el orden de los Derechos Fundamentales y ciertas situaciones jurídicas públicas es perfectamente oscura» (15).

Debido a esto, la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público (Derecho Constitucional y Derecho Administrativo) estableció la problemática de la RleS como tema a tratar en la sesión de Maguncia en 1956. Antes de considerar las ponencias de dicha sesión, se hace una referencia a los trabajos sobre este tema de dos profesores alemanes y de un austríaco.

THIEME (16) desiste de una propia definición de la RleS, dando, sin embargo, una extensa clasificación de las figuras jurídicoadministrativas que a ella pertenecen: 1. El servicio que, de alguna manera, esté en relación con el aparato estatal, así los funcionarios (también los de carácter honorífico), los que se encuentran en la organización militar, la situación de los *Privatdozenten* (cargo docente con carácter libre, inferior al del profesor ordinario y extraordinario), los ministros y los parlamentarios; 2. La utilización de un establecimiento público (desde un Museo hasta la Bolsa), por ejemplo, Servicios de Correos, de Transportes, Escuelas, Universidades; así como establecimientos para enfermos mentales. Junto a este grupo de relaciones se cita el poder que posee el presidente sobre aquellos que se encuentran temporalmente en la sala de un Tribunal o en el Parlamento. Dentro de este grupo tienen una situación especial los presos y aquellos que están en prisión preventiva; 3. La relación que se establece por efecto de libertad vigilada o vigilancia por razones fiscales. No pertenecen a la RleS la relación entre un miembro y una corporación profesional (médicos, abogados, etc.). También se deben excluir las relaciones con determinadas instituciones (por ejemplo, seguridad social). Según THIEME (17), la razón de esta exclusión radica en que aquí se da una evidente relación jurídica de prestación monetaria y contraprestación, esto es, un típico ejemplo de relación de pretensión jurídica y no de sujeción, siendo irrelevante que esta prestación se haga en pagos parciales.

OBERMAYER (18) empieza afirmando que es necesario reformar el

(14) THIEME, op. cit., p. 521 (cita de THOMA en *Polizeibefehl*, p. 19).

(15) WERNER, H.: *Bemerkung zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, «Juristenzeitung» (JZ), 1954, p. 560.

(16) Op. cit., p. 522.

(17) L. c.

(18) *Verwaltungsakt*, p. 84.

concepto de RleS; según él, el punto de vista esencial del que se debe partir para afirmar la existencia de una RleS es «el que alguien se encuentre formando parte como miembro integrante de la Administración Pública» (19). Tras esto da la siguiente definición: «La RleS es aquella relación jurídicopública de sometimiento, en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del Poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo.» No da una visión general de aquellas relaciones que bajo esta definición pueden entenderse; sí cita, apoyándose en FLEINER (20), la organización de las autoridades, la enseñanza, establecimientos penitenciarios, establecimientos públicos de Sanidad. OBERMAYER (21) insiste en que la RleS supone la existencia de una auténtica conexión con el Poder público, de ahí que excluya también de este concepto la seguridad social y semejantes instituciones públicas. Por otra parte, concretando sus explicaciones, indica como RlesS la pertenencia a una Corporación comunal, la relación entre un Consejo municipal y el pleno de dicho Consejo, la relación entre el Consejo de un Distrito y la Dieta del mismo, etc., es decir, todo lo que se indicó como organización de autoridades. A esto se añade la situación de un miembro del *Landtag* o *Bundestag* (Dieta regional y federal), aunque esto con reservas, dada la regulación jurídicoconstitucional.

ERMACORA (22) distingue entre RlesS patrimoniales y RlesS modernas. Como patrimoniales considera la situación en la que se encuentran los funcionarios, los soldados, los escolares y los estudiantes. Como modernas RlesS cita la relación entre los que realizan una actividad profesional y las respectivas entidades representativas de sus intereses, la relación del individuo con la asistencia social (beneficencia, hospitales, establecimientos sanitarios), y finalmente, la relación que se produce al recibir una prestación administrativa (gas, etc.).

En la sesión de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público de 1956 se hizo palpable la diferencia de apreciación sobre el ámbito de la RleS (23).

(19) Op. cit., p. 85.

(20) Op. cit., p. 86.

(21) Op. cit., p. 87.

(22) DÖV, 1956, p. 530.

(23) VVDStRL, 15, p. 109 ss.

El primer ponente, el profesor de Hamburgo KRÜGER, cuya ponencia sobre la esencia de la RleS fué un tanto filosóficoestatal—NAWIASKY la calificó de divertida—, comenzó estableciendo que el hombre empieza su vida en una RleS, la de la Casa de Maternidad, y la termina en otra, la del cementerio; entre estos dos puntos se encontrará en una RleS como funcionario, como usuario de establecimientos públicos, como miembro de corporaciones públicas, al estar sometido al control fiscal, como receptor de subvenciones, etc. Y esto, por no hablar de la relación con las representaciones profesionales, o del sometimiento a las condiciones generales de contratación (24).

La segunda ponencia, del profesor ULE, docente en la Escuela de Administración de Speyer, estudió la protección jurídica en el ámbito de la RleS (25). Si bien no definió el concepto, sí indicó que la característica de dicha relación estriba en que el individuo (con la fundación de una RleS, se ve en todos los casos incorporado a una «empresa» (*Betrieb*, entendiendo este concepto en un sentido sociológico amplio) (26). Tampoco dió una clasificación general de las RlesS, pero a lo largo de su exposición se advierte que considera como tales la situación de los funcionarios, de los escolares, de los presos y de los que se encuentran en la organización militar (27); da a entender que cabe considerar otras RlesS, aunque no las especifica, bien sea dicho que parece incluir los usuarios de establecimientos públicos (28). Es interesante la indicación terminológica que hace ULE proponiendo, en lugar de RleS, hablar de relación especial de deber—*besondere Pflichtverhältnisse*—, ya que con esta formulación queda más claro el carácter jurídico de la RleS (29).

Tras las ponencias se abrió la correspondiente discusión. En ella sub-

(24) Op. cit., p. 110. KRÜGER cree ver como notas esenciales de la RleS: el poder que juega en la RleS es un poder desconstituido (*entverfasst*), mientras que el poder de la relación general de sujeción es un poder constituido (*verfasst*); el poder de la RleS es en su origen un poder dominical o señorial; la RleS supone un poder personal, este elemento personal es la explicación de por qué hasta ahora no ha sido jurídicamente reglado. El poco eco de estas reflexiones de KRÜGER sobre el poder de la RleS confirma lo dicho en la nota preliminar sobre la traducción de este concepto.

(25) Op. cit., p. 133.

(26) Op. cit., p. 151.

(27) Op. cit., p. 138, p. 145. LERCHE, DVBL, 1954, p. 626, nota 2, se pregunta si se puede aplicar correctamente a esta última relación el concepto de «Gewaltverhältnis».

(28) Op. cit., pp. 139, 152, 160.

(29) Op. cit., p. 144; esta formulación ha sido aceptada por algunos autores—DÜNIG, WOLFF, BECKER—; vid. nota 49, op. cit.

rayó WEBER (30)—con razón— la diferencia que existe entre cada RleS, así como la necesidad de limitar este concepto; según él, se deben considerar como tales la situación del funcionario, del soldado, del escolar, del estudiante, de los internados en un establecimiento público (prisión o establecimiento de beneficencia) y el investigador en materias de carácter secreto, por ejemplo, investigación atómica. Rechaza la inclusión en dicho concepto de la simple relación que se establece por la utilización de un establecimiento público (ejemplo, hospital), así como la utilización del servicio de Correos (31). En su intervención, WACKER indicó junto a la RleS de carácter público la existencia de una RleS de carácter privado, esto es, la situación de empleados y trabajadores en servicio público (32). A lo largo de la discusión señaló NAWIASKY (33) en cualquier Estado en que se viva existen RlesS, y entre ellas nombró la situación de los funcionarios, de los soldados, entre los padres e hijos, la situación creada al utilizar un establecimiento público, bien sea éste de carácter «abierto o cerrado» (34).

Con el fin de presentar un cuadro más completo se expone a continuación el tratamiento sobre la RleS en tres de los más importantes manuales de Derecho Público en Alemania.

MAUNZ habla en su *Deutsches Staatsrecht* de las «llamadas relaciones especiales de sometimiento o sujeción, en la cual se encuentra, por ejemplo, el funcionario, el estudiante, el escolar y otros miembros de establecimientos públicos, etc.» (35).

WOLFF (36) hace una referencia en su *Verwaltungsrecht* y en el capítulo destinado a la administración en el Estado burgués de derecho a las RlesS: funcionarios, militares, usuarios de establecimientos. Más adelante, al tratar del concepto de reglamentos especiales (*Sonderverordnungen*) (37), da una clasificación de las RlesS: La utilización de establecimientos públicos (escuelas, cementerios, ferrocarriles, transportes

(30) Op. cit., p. 186 ss.

(31) Op. cit., p. 187.

(32) Op. cit., p. 207.

(33) Op. cit., p. 214.

(34) Cfr. sobre esta distinción ULE, op. cit., pp. 159 y 160; ejemplo de establecimiento cerrado es una prisión, y de abierto, un museo, biblioteca, etc. FORSTHOFF, op. cit., p. 122, habla de la actividad de la Administración manifestada en un servicio con carácter cerrado (ejemplo, museo) y un servicio con carácter abierto (servicios de abastecimiento).

(35) 9.ª ed., pp. 113, 114.

(36) 3.ª ed., p. 34.

(37) Op. cit., p. 101; sobre este concepto vid. nota 105 de este trabajo.

urbanos, prisiones). La relación creada por el desempeño de una función pública (funcionarios y empleados de autoridades públicas). La relación creada por la inspección fiscal. En otro lugar (38), al estudiar la situación jurídica—en especial el *status* del sujeto—, vuelve a hacer una referencia a la RleS; aparte de hacer una indicación terminológica (relaciones especiales de deber, siguiendo a ULE (39), o mejor todavía, relaciones especiales de Derecho público, en particular, de Derecho administrativo—*öffentliche, insbesodere verwaltungsrechtliche Sonderverhältnisse*—), cita unos ejemplos que encajan en las cuatro clásicas relaciones que se han visto aparecer en casi todos los estudios sobre la materia: funcionarios, soldados, escolares y estudiantes, así como los que se encuentran en establecimientos «cerrados». WOLFF hace (40) una interesante observación: la doctrina tradicional—dice—ha considerado como RleS la utilización de establecimientos públicos (por ejemplo, servicios de abastecimiento (41) y los servicios de transporte—*Versorgungs- und Verkehrseinrichtungen*—, así como museos y bibliotecas). La utilización de estos establecimientos, indica WOLFF, y en general la utilización de cualquier institución pública no crea ningún *status* especial, sino simplemente una obligación contractual (o de carácter semejante). Sin embargo, más adelante se volverán a clasificar dentro de las RleS la utilización de establecimientos públicos (42); esto no debe inducir a pensar en una contradicción dogmática, ya que desde un determinado punto de vista (fuentes del derecho) el concepto en cuestión es considerado de una manera amplia como parte del orden jurídico en el que se dictan reglamentos especiales; aquí, pues, entra la utilización de establecimientos públicos. Ahora bien, cuando la RleS es considerada desde la situación jurídica del individuo, su *status*, entonces se empleará un concepto más restringido de RleS por la diferente problemática—pese a la existencia del poder institucional—que yace en la utilización de un establecimiento público.

(38) Op. cit., pp. 147, 148.

(39) Vid. *supra* ponencia de ULE.

(40) Op. cit., p. 148, núm. 4.

(41) Los traductores del *Tratado* de FORSTHOFF dan como traducción de «*Versorgungsbetriebe*» una vez (p. 196) establecimiento de asistencia; otra vez (pp. 524, 641, etc.), establecimientos de servicios asistenciales. El concepto de «*Versorgungsbetriebe*» hace referencia sólo al abastecimiento por medio de la Administración de agua, luz, etc. Vid. *infra* la referencia a FORSTHOFF.

(42) Op. cit., p. 237.

FORSTHOFF (43), apoyándose en LABAND, designa la relación general de sujeción como aquella que se establece entre el individuo, nacional o extranjero, y el Estado, en cuanto aquél se encuentre en el ámbito de la soberanía estatal alemana. Junto a esta relación general de sujeción existen otras numerosas situaciones que presentan un mayor grado de dependencia entre el individuo y la Administración; cita la relación escolar, la libertad vigilada, la situación del funcionario, establecimiento público. El mismo FORSTHOFF alude a la gran diferencia que existe entre estas situaciones de hecho; sin embargo, lo que las caracteriza es una especial situación de dependencia del individuo respecto a la Administración; estas relaciones son las llamadas RlesS (44). Desgraciadamente, no da el autor una clasificación general de las diferentes figuras jurídicoadministrativas que pueden ser consideradas como tales. Sí insiste en la necesidad que hay de entender dicho concepto de una manera más restringida a lo que usualmente se hace; según él (45), sólo hay RlesS cuando «se da un círculo de personas estable, es decir, delimitado—con o sin asiento territorial cerrado—que se encuentre en una relación particular de dependencia frente al Poder público, en virtud de una ley o de una declaración efectiva y no fingida de cada uno de los participantes». Las notas establecidas por FORSTHOFF de un círculo de personas, de una situación de dependencia, de una ley o declaración de voluntad permiten perfectamente encajar las cuatro clásicas relaciones ya conocidas. El problema radica en los establecimientos públicos (*öffentliche Anstalt*) (46).

Llegado a este punto, se hace imprescindible una breve referencia a la concepción de este autor sobre la actividad de la Administración. La concepción jurídica tradicional—será estudiada por razones de sistemática en la parte III, a), de este trabajo—consideraba al establecimiento público como un ámbito que podía ser conformado libremente por la Administración. Esto no puede ser admitido hoy—argumenta FORSTHOFF, op. cit., p. 118—dado el carácter decisivo que ha adquirido el establecimiento público como manifestación de la actividad administrativa. Y esto es cierto sobre todo para una rama de la Administración que, en

(43) *VerwR.* I, p. 115 ss.

(44) Op. cit., p. 116.

(45) Op. cit., p. 127.

(46) Los traductores de FORSTHOFF traducen «öffentliche Anstalt» por establecimiento público (p. 190) y por institución pública (p. 631, etc.).

concepto acuñado por el profesor de Heidelberg, se designa con el nombre de *Daseinsvorgverwaltung* (Administración de asistencia vital) (47). Bajo este concepto se deben entender todas aquellas prestaciones a los súbditos, no importando en principio el hecho de que se satisfaga o no una necesidad vital (op. cit., p. 322). El término «asistencia vital» es un concepto matriz tras el que se imponen una serie de matizaciones. Las dos clásicas manifestaciones de la actividad administrativa en actividad soberana y actividad económica no es válida por la existencia de los *Versorgungsbetriebe*, que aquí se ha traducido por servicios o empresas de abastecimientos (gas, luz, etc.); el ámbito de este concepto abarca para FORSTHOFF los servicios de transportes municipales, mientras que WOLFF, como anteriormente se vió, establece una separación. Así, pues, la aparición y ampliación de nuevas prestaciones administrativas (*Leistungsverwaltung*) junto a la Administración soberana (*Eingriffsverwaltung*) obliga a un nuevo planteamiento de la materia dada la insuficiencia de la teoría tradicional. FORSTHOFF divide la actividad administrativa en tres categorías (op. cit., p. 440): Administración soberana, actividad administrativa en forma de servicios y de abastecimientos y actividad administrativa en forma de empresas industriales.

Volviendo al concepto de RleS. Este concepto, dice FORSTHOFF (op. cit., p. 118) está unido a la idea de una Administración soberana, de una Administración de coacción. La lógica interna de toda la Administración prestadora de servicios no es compatible con el concepto de RleS, ya que aquí no hay un «poder» como lo hay en la RleS, ni aun en el caso de que la prestación tenga carácter de derecho público. Sin embargo, no se puede abandonar este concepto, ya que es parte integrante—por necesidad lógica—de una Constitución con estructura de Estado de derecho, es decir, con un sistema dirigido para asegurar la libertad por medio de la separación de poderes y la atadura de la Administración a la ley.

En principio parece, pues, que este autor llega a la misma solución que WOLFF, el cual, como se vió anteriormente, descartaba la utilización para los establecimientos públicos del concepto de RleS. Sin embargo, no es así, ya que hay gran parte de la Administración prestadora de servicios con carácter soberano; ejemplo de ello, las cosas públicas de uso común (carreteras, calles, etc.) y las cosas públicas cuya

(47) Versión castellana de los traductores de FORSTHOFF.

utilización está garantizada por medio de un establecimiento; en este último caso entrará, por tanto, en juego el concepto RleS (48). Así, pues, en esquema: la Administración como sujeto de prestaciones no concibe la RleS; ahora bien, dicha Administración con carácter soberano y en forma de establecimiento = RleS (escuelas, museos, bibliotecas, etc.).

La exclusión del concepto estudiado de los servicios de abastecimientos parece lógica. Característica siempre de la RleS es la entrada en un ámbito y por ello una disminución en la libertad personal; a esto se añade la imposibilidad de establecer una detallada base legal dada la imprevisibilidad de las situaciones y respectivas obligaciones a regular. En este tipo de prestaciones que presentan los servicios de abastecimiento la libertad personal no sufre ninguna limitación, y por otra parte ni lógica ni prácticamente se puede argüir la imposibilidad de una reglamentación explícita (49). Esto no tiene nada que ver con el hecho de que aquí se dé una *laguna en el Estado de derecho* (50), dado que esta relación de prestación se organiza jurídicamente en virtud de un estatuto (u ordenanza) administrativo que por ser considerado como disposición interna de la Administración es sustraído al examen judicial (51). En resumen, el concepto estricto de RleS comprende para FORSTHOFF tres clásicas figuras jurídicoadministrativas (funcionarios, aparato militar, prisiones); a esto hay que añadir la libertad vigilada, el uso de cosa pública garantizada por establecimiento público (escuela, museos, etc.). Se excluyen los servicios de abastecimiento y aparentemente los servicios de transportes municipales (52).

(48) Op. cit., p. 127, nota 1; cfr. todo el capítulo, dedicado a la Administración como sujeto de prestaciones, que trata en gran parte de relaciones especiales de sujeción, como escuelas, etc.

(49) Así también LEISNER, DVBL, 1960, p. 620, nota 23.

(50) Formulación de FORSTHOFF; cfr. la situación en Austria, ERMACOVA, DÖV, p. 532.

(51) KÖHL, en su tesis doctoral sobre las RlesS, considera como RleS la relación de utilización de un servicio de abastecimiento cuando éste esté regulado por el Derecho Público (pp. 40, 92); las razones que da la existencia de un sometimiento a la voluntad de un poder de dirección, la existencia de un cuerpo policiaco institucional, un poder de coacción, etc.; esto mismo ya indica la amplia comprensión que tiene KÖHL del concepto «Versorgungsbetriebe».

(52) En la traducción del *Tratado* de FORSTHOFF ha sido empleada—como ya se dijo, nota 46—la terminología establecimiento de asistencia o servicios asistenciales para el concepto de «Versorgungsbetriebe». GARRIDO FALLA, *Tratado*, II, p. 307, empleando esta misma terminología, habla de los servicios de beneficencia, sanidad y educación. Esto puede inducir a confusión. En el concepto de «Versorgungsbetriebe» del Derecho alemán no entran ni la sanidad, ni la educación, ni la beneficencia. Tras lo expuesto sobre la concepción de la actividad administrativa en FORSTHOFF no hace falta insistir mucho: todas las prestaciones administrativas al individuo pertenecen a la Administración de asistencia vital; todas esas presta-

c) Esta exposición—que no tiene ninguna pretensión de ser completa—muestra la diferencia que existe en la doctrina alemana en torno al concepto de RleS, y, por tanto, en torno a las diferentes situaciones jurídicoadministrativas que se deben entender bajo dicho concepto. Hay una considerable disparidad de concepción entre las ideas de OBERMAYER y de KRÜGER, entre las de THIEME y FORSTHOFF. Incluso dentro ya de líneas semejantes, como FORSTHOFF y WOLFF, la diferencia de matices es considerable.

Hay conceptos en que, dada la indeterminación de la situación de hecho a la que se confieren, no pueden ser definidos; cualquier definición de la RleS será siempre insuficiente y, por tanto, inútil. La ciencia del derecho como ciencia conceptual es una ciencia de definir: se acota de la realidad una situación de hecho y se la califica. Esa complicada labor lógica—y frecuentemente con consideraciones teleológicas—de ir limando lo que la lógica interna del concepto exija es parte del arte del jurista. Sin embargo, en el caso de la RleS hay que desistir, y esto tanto por la gran diferencia que existe entre las figuras jurídicas que se comprenden bajo dicho concepto, como por el hecho de ser la RleS una institución que se desarrolló un poco al margen, careciendo de la consiguiente investigación científica que la hubiese acuñado con el debido rigor. Y esto tiene como consecuencia que en el fondo cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor (vid. THOMA, *Vorbehalt*, p. 178).

Por consiguiente :

— No existe ninguna *relación especial de sujeción*, sino *relaciones especiales de sujeción*, o, mejor todavía, relaciones especiales jurídico-administrativas. No se trata con esta afirmación de «deshacer» el concepto de RleS, sino de ser consecuente con un hecho—la gran diferencia que reina entre las relaciones especiales de sujeción—con el cual se topa cualquier investigación sobre estas instituciones (53).

— Esta afirmación ahorra tanto el esfuerzo de una definición

ciones son servicios asistenciales; ahora bien, algunos de estos servicios son vitales—justamente los «Versorgungsbetriebe»: gas, agua, etc.—y otros no lo son, triste resulta decirlo, como ciertas instituciones de enseñanza (FORSTHOFF, op. cit., p. 322). Por otra parte, parece ser como si al traducir «Versorgungsbetriebe» por servicios asistenciales, se hubiese identificado—no siendo esto fiel con la enseñanza de FORSTHOFF—«Versorgung» (abastecimiento) con «Vorsorge» (asistencia), ya que se traduce—bien—«Daseinsvorsorgeverwaltung» por asistencia vital.

(53) Así también, WEBER, *VVDStRL*, 15, p. 186; WACKE, *idem*, p. 120; WOLFF, op. cit., pp. 147-48; cfr. la matización de LEISNER, op. cit., p. 618.

como la búsqueda de una única cualidad como nota esencial de la RleS.

— Las relaciones especiales de sujeción están caracterizadas por diversas notas:

- acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones,
- estado general de libertad limitada,
- existencia de una relación personal,
- imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados,
- el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de Ley.
- el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo,
- la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento,
- el admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.

En cada una de las relaciones especiales de sujeción se presentan estas notas con diferente intensidad.

d) Como figuras jurídicoadministrativas que presentan una relación especial de sujeción, tal como ésta aquí se entiende, se deben considerar:

- La situación del funcionario (art. 33, IV y V; art. 37, I, GG).
- La situación del militar (art. 17a, I, GG).
- La situación del escolar y del estudiante (art. 7, GG).
- La situación del preso (art. 12, IV, en relación con el artículo 104, GG).

Sobre éstas hay unanimidad.

Se deben considerar también como relaciones especiales de sujeción:

- Libertad vigilada (policíaca, fiscal).

- La relación con establecimientos de beneficencia y sanatorios de tipo obligatorio.

Discutibles y problemáticas son:

- La utilización de un establecimiento público (museos, etc.), y servicios de transportes.
- La situación de los diputados y ministros.
- La situación de aquellos que están bajo el poder de un presidente de Sala o Cámara parlamentaria.

Deben ser excluidas:

- La relación con las Corporaciones profesionales.
- La relación con la Seguridad Social.
- La prestación administrativa en forma de servicio de abastecimiento (gas, luz, etc.).

II

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN GENERAL DE SUJECIÓN.

a) Hace cincuenta años, uno de los más grandes «ius publicistas» de Alemania escribía (54): «... con esto (el PLdA) no está dicho todo, pero sí el fundamentó de ese conglomerado de ideas que se desata, en nuestros días, ante la palabra Estado de derecho.» Esta frase es también hoy válida (55).

Es por ello necesario aclarar qué se entiende, o qué se debe entender por dicho principio; junto al PLdA se encuentran una serie de conceptos como reserva de la ley (RdL), ley en sentido formal (LsF) y ley en sentido material (LsM). Se hace primero una exposición de la doctrina tradicional, con el fin de poder apreciar mejor la comprensión actual sobre estas instituciones.

«El conjunto de esas normas jurídicas que determinan qué acto estatal necesita la forma legal y que, por tanto—bien sea siempre o, por lo

(54) R. THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1909, p. 197.

(55) MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, art. 20, VII, sobre el Principio de Legalidad, nota 7.

menos fundamentalmente—, sólo podrá ser emitido por vía de legislación formal, constituye en su totalidad lo que desde MAYER se ha venido denominando *reserva de la ley*.» Así escribía Richard THOMA en su profundo capítulo sobre «La reserva de la ley y el principio de la legalidad de la Administración» en el ya citado *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (56). Otto MAYER había descrito de manera aguda este concepto desde el punto de vista administrativo. La justicia está indefectiblemente ligada a la ley, «pero la actividad administrativa no puede ser mantenida en una situación de tanta dependencia. La ley emitida dentro del marco constitucional sólo se utiliza como necesaria condición de cualquier actividad estatal para determinadas materias particularmente importantes. Mientras no se trate de estas materias, el poder ejecutivo actúa libremente; actuará, pues, en virtud de su propia dinámica y no por razón de una ley. Llamamos reserva de la ley a la exclusión del campo propio del poder ejecutivo de esas materias especialmente marcadas» (57). Se plantean inmediatamente dos preguntas: 1) ¿Cuál es la razón de la creación de dicha institución? 2) ¿Cuáles son esas materias que sólo pueden ser reguladas por el poder legislativo?

La primera pregunta conduce a la Revolución Francesa; allí se dió la necesidad de designar con un nombre común todas las decisiones del más alto poder estatal, y así se determinó en una ley de 1789: «les decrets de l'Assemblée National porteront le nom et l'intitulé de Loi» (58). Así fué creado el concepto de ley en sentido formal. Tras esto y en lógica conexión se afirmaría «actos estatales que han sido promulgados en forma de ley gozan de una situación de *primacía* frente a todos los demás actos estatales; dicho con otras palabras: aquello que ha sido establecido por una ley formal, válida, sólo podrá ser modificado o derogado por otra ley formal = *primacía* de la ley» (59).

La observación que tras el establecimiento de estos dos principios es obligado hacer es que con ellos no se dice nada sobre la correspondiente

(56) 1932, p. 221 ss. La ciencia del Derecho Constitucional Alemán ha distinguido—distingue—entre reserva de la ley («Vorbehalt des Gesetzes») y lo que se podría llamar reserva legal («Gesetzvorbehalt»), esto es, la posibilidad y necesidad de limitar por ley formal determinados Derechos Fundamentales cuya formulación juridicoconstitucional es radicalmente abstracta; sobre esto, MAUNZ, *Staatsrecht*, p. 90.

(57) Op. cit., p. 69.

(58) THOMA, *Der Vorbehalt*, p. 170.

(59) THOMA, *HdbDSr*, p. 222. Al traducir estos conceptos al francés, MAYER, (op. cit., p. 115) habla de: «prerogative de la loi, force obligatoire de la loi, preference de la loi, reserve de la loi».

competencia material entre el poder legislativo y el ejecutivo, es decir, qué actos por su contenido deben ser promulgados en forma de ley. Esta situación (60) obligó a buscar un principio material que estableciera dicha competencia; la mayor parte de los Gobiernos de Alemania que, tras las guerras napoleónicas, se lanzaron al trabajo de montar una legislación constitucional decidieron que sólo sería necesaria la aprobación de las respectivas Dietas «para aquellas leyes generales que afectaran a la libertad y propiedad de los súbditos». A decir de THOMA, la fórmula «libertad y propiedad» (*Freiheit und Eigentum*) la importó el BARÓN VOM STEIN de la realidad política inglesa—liberty and property—. Así, pues, se obtiene reserva de la ley = intervenciones generales en la libertad y propiedad de los ciudadanos.

Esta fórmula se mostró inesperadamente importante así como creadora de confusión para la dogmática jurídica, cuando al final del siglo XIX fué identificada con la legislación en sentido material. Y así se escribiría: «es cualidad de la ley en sentido material, es decir, de las normas jurídicas, establecer la medida y los límites en general para la libertad de formación de voluntad y en especial para la libertad de la propiedad; toda norma jurídica afecta a la libertad de la persona o a su propiedad» (61). Por tanto, se obtiene ley material = proposición jurídica = intervención en libertad y propiedad = reserva de la ley.

Sobre este concepto de proposición jurídica no se dejaron de hacer críticas, diciéndose que se trataba más que nada de una concepción histórica y convencional del Derecho Constitucional Alemán (62). Pero ya antes, en 1928, CARL SCHMITT, en esa obra maestra, pero que con tantas reservas hay que leer, *Teoría de la Constitución*, había desentrañado la envidia del concepto de Ley (cap. 13). El contenido (justicia, racionalidad, generalidad) del concepto de Ley en el Estado de derecho se ha vuelto problemático, porque el Derecho natural ha perdido su evidencia, sólo queda la cualidad de *generalidad* (duración, determinación); frente a esta eterna cualidad de un bien entendido concepto de ley inmanente a lo *Estado de derecho*, se ha formado, aparte de la figura técnico-

(60) Vid. la interesante exposición que sobre este tema hace THOMA (loc. cit.), de la que aquí se da un breve esquema.

(61) ANSCHÜTZ, *Staatsrecht*, p. 656, y en la voz «Gesetz» en el *Wörterbuch Fleischmann*, tomo II, p. 223.

(62) THOMA, loc. cit., p. 223, pero el gran crítico de esta concepción fué KELSEN, *Hauptprobleme d. Staatsrechtslehre...* (1911), pp. 337 ss.; cfr. respuesta de FORSTHOFF, op. cit., p. 120; vid. notas 104, 105.

jurídica de ley en sentido formal, el concepto *político*, por una parte con contenido democrático = participación de la representación popular, por otra burgués = limitaciones a la libertad y a la propiedad. Pero pertenece a la historia del siglo XIX europeo, la elevación de ese contenido políticoburgués a la categoría de lo Estado de derecho, de tal manera—y ésta es la espina dorsal de toda la tesis de SCHMITT—que viene a constituirse, por un lado, la estructura de Estado de derecho, y por otro, el correspondiente principio político. Unos años más tarde [*Legalität und Legitimität*, p. 20] dirá que este concepto de Ley como norma establecedora de límites a la libertad y a la propiedad sólo es explicable «a partir de la situación del siglo XIX y se basa en la contraposición entre Estado y Sociedad, Gobierno y Representación popular, funcionarios subordinados a un servicio (sometido a una «relación especial de sujeción») y ciudadanos libres...». La cita es interesante por la referencia que se hace al *besonderes Gewaltverhältnis*. La actitud crítica frente a ese concepto de proposición jurídica se aprecia ya en THOMA (en *Vorbehalt*), que en 1916 escribe: «lógica y teóricamente el concepto de precepto jurídico no es sino de aquellos mandatos establecidos por el Derecho en oposición a aquellos que emanan de la costumbre, de la moral, de poderes santificados por la Religión». Sin embargo, este concepto político burgués de la proposición jurídica, que se apoyaba en el principio de la RdL, jugó un importante papel, ya que de esta manera fué interpretado el concepto de «ley» en las Constituciones alemanas del XIX, fortaleciendo así el *status* de libertad del ciudadano (63).

Con esto termina esta digresión. Las preguntas que se formularon se contestan de la siguiente manera: 1) El concepto RdL fué creado para que—frente al poder ejecutivo—determinadas materias de la vida política fuesen reguladas de una manera abstracta y general por el Parlamento (el pueblo). 2) Las materias en cuestión se expresan en la fórmula «libertad y propiedad», en amplio sentido, que correspondía a las pretensiones de la clase social dominante en el siglo XIX: la burguesía (64). Aparte de esto, es necesario señalar que la RdL solamente rige en la relación general de sujeción en la que se encuentra el ciudadano frente al Es-

(63) KÖHL, loc. cit.

(64) En este problemático concepto no se debe ver ningún juicio de valor (cfr. SMEND, *Bürger und Bourgeois im Deutschen Staatsrecht*, y, naturalmente, SCHMITT, *Teoría de la Constitución*); se trata más bien de un hecho histórico generalmente aceptado.

tado, no así en las conocidas relaciones especiales o particulares de sujeción; esto es, claro está, mientras el poder legislativo se abstenga (65). También es interesante indicar que la RdL no se encuentra expresamente formulada en las Constituciones alemanas después de 1848 (66). Este principio es producto de la unión y colaboración entre la teoría jurídica y la práctica.

Pero con la existencia de estas instituciones, RdL, LsF, LsM, no está dicho si y en qué medida pueden intervenir las autoridades administrativas, en el caso concreto y por disposición individual, en la libertad y propiedad del ciudadano y de sus asociaciones, ni tampoco en qué sentido rige un principio general de la Legalidad de la Administración (67). Por lo pronto se impone constatar que todos los órganos estatales tienen una competencia en virtud de proposiciones jurídicas, y todas las funciones estatales deben ser desempeñadas conforme a derecho; con esto queda expuesto el Principio de la Legalidad (Ley = norma jurídica) de la Administración en sentido amplio. Pero la cuestión se centra en hasta qué punto una proposición jurídica general le otorga a la Administración la facultad, en el ámbito de la relación general de sujeción y por medio de mandatos individuales, intervenir en la esfera de los derechos y de la libertad de los ciudadanos. La afirmación de que esto fuese posible, es decir, de que la Administración tuviese facultades para realizar esta conformación jurídica—concesiones, permisos, etc.—no correspondería en absoluto a la *imagen de un Estado constitucional justo desarrollándose hacia un Estado de derecho*.

A partir de esta actitud han acuñado la doctrina y la práctica jurídica alemana el PLdA en sentido estricto, esto es, que «para toda intervención soberana de la Administración en la esfera de derechos y libertad de los ciudadanos y de sus asociaciones es necesaria una autorización legal». No interesa mucho la fundamentación de esta teoría (derecho consuetudinario, preceptos de antiguas Constituciones—desde 1814—, etc.) (68). Lo importante es que el PLdA = la totalidad del Derecho administrativo soberano y no sólo el de ejecución, se basa en

(65) THOMA, op. cit., p. 223.

(66) Cfr. la investigación de THOMA en *Voberhalt*, p. 171 ss.

(67) Sobre lo que sigue, THOMA, *HdbStR*, p. 227.

(68) Aparte de la doctrina tradicional (ANSCHÜTZ, BÜHLER, etc.), vid. U. SCHEUNER: *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, 1952.

un sistema de autorizaciones (69). O, con otra formulación, que tiene como idea central la libertad: «todo menoscabo o supresión de la libertad personal por el Poder público sólo está permitido en base a una Ley. El párrafo primero, frase segunda (art. 114, Constitución de Weimar), garantiza una pretensión a que cese cualquier acto administrativo que, sin una base legal, afecte a cualquiera de las posibilidades de actuación de la libertad personal; en esta frase está plasmado el principio del Estado de derecho que se acostumbra a llamar PLdA» (70). De cualquier manera se indicará: «es irrelevante el que dicho principio sea más o menos susceptible de ser obtenido por la interpretación de un documento constitucional» (THOMA, loc. cit.; ANSCHÜTZ, loc. cit., not. 1-2).

b) Un tratamiento profundo de toda la evolución que estas instituciones han sufrido es imposible (71); baste por ahora afirmar, siguiendo a MAUNZ, que ley formal es aquella promulgada con preponderante participación de la representación popular, y que por ley en sentido material se debe entender cualquier proposición jurídica (72). Bajo el PLdA se entiende «todos los actos estatales, excluyendo la legislación, bien sean actos de la Administración Pública o de la Jurisdicción, deben poder ser referidos directamente a la Constitución o a una ley formal» (73). Tras esto, y aquí viene un interesante cambio dogmático, se divide este principio en dos partes; la frase de que el acto estatal debe poder ser referido a una Ley quiere decir que dicho acto se debe basar en una Ley, es decir, debe ser dictado *en base* a una Ley, esto es, la reserva de la Ley. Por otra parte, se dirá que «todo acto del ejecutivo que esté referido a una Ley no puede violar otras leyes o proposiciones jurídicas», esto es, la primacía de la Ley (74). Quizá hubiese sido más

(69) THOMA, op. cit., p. 230; esto, naturalmente, hay que entenderlo en lo que se refiere a intervenciones de la libertad y en la propiedad del individuo.

(70) ANSCHÜTZ, *Weimarer Verfassung Kommentar*, p. 544. La frase «auf Grund eines Gesetzes» se puede traducir por «aplicación de una ley»; sin embargo, se prefiere decir «en base a la ley» por ser más fiel al espíritu de la formulación alemana.

(71) El concepto clave es el de la ley; por todos, MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, art. 20, V. Doctrinalmente exhaustivo sobre el concepto de ley; HANS W. KOPP, *Inhalt und Form der Gesetze*, 1958.

(72) MAUNZ, *Staatsrecht*, p. 58.

(73) MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, loc. cit. VII, núm. 124. En 1932, SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, p. 21, y en toda su *Teoría de la Constitución* (ed. alemana, p. 129 ss.), en ese Estado de derecho de laboratorio que él presenta habla del Principio de la legalidad de toda actividad estatal...

(74) Loc. cit. Cfr. más adelante las opiniones de WOLFF y FORSTHOFF. OBERMAYER, DVBL, 1959, p. 355, nota 9, exige la separación estricta de ambos principios.

claro decir que por primacía de la Ley se entiende que ésta no puede ser suspendida o modificada nada más que por otra Ley; pero MAUNZ llega más lejos—pese a las dudas que puede levantar dicho paso—, y eso no tanto por el texto constitucional como por el hecho de ser concebido el orden jurídico como una unidad de tal manera que una concreta autorización no se considera aislada de las demás normas, sino equiparada o coordinada a éstas, de modo que no cabe una disposición autorizando algo y que plantee una divergencia con otras disposiciones, a no ser, claro está, que quiebre o elimine la validez de éstas (*lex posterior, lex specialis*, etc.).

La separación dogmática que del PLdA hace MAUNZ está justificada. Como se explicó más arriba, la RdL fué creada desde el campo político parlamentario con el fin de asegurar ciertas materias frente al ejecutivo; ahora bien, cuando se afirma que todo acto estatal debe estar apoyado en una Ley formal, entonces la RdL ha perdido su sentido como institución autónoma (75). Por otra parte, el concepto de primacía de la Ley encaja perfectamente bajo el PLdA cuando se considera, no desde el punto de vista de la Ley—aunque resulte paradójico—, sino desde un punto de vista de ejecución jurídicoadministrativa, que es lo que hace MAUNZ.

Esto sobre la doctrina. ¿Qué dice el derecho positivo? El artículo 20, III, establece: «La legislación está ligada al orden constitucional; el poder ejecutivo y el poder judicial lo están a la ley y al derecho.» Según MAUNZ, del texto sólo cabe obtener la primacía de la Ley, ya que de él sólo se deduce que el poder ejecutivo está ligado a la ley y al derecho y naturalmente a la Constitución (76). Pero lo que el artículo 20, III, no dice directamente es que los actos del ejecutivo no se dicten debido a la propia fuerza de este poder, sino solamente en virtud de una autorización especial (77). Ahora bien, lo que el texto no da lo encuentra MAUNZ con un argumento perfectamente lógico: semejante atadura del poder ejecutivo es un supuesto del principio general del Estado de derecho; el principio del Estado de derecho está positivizado en el marco del orden constitucional, y como el ejecutivo—ya se vió—

(75) Cfr. art. 34 Const. francesa. Con las reservas que impone este «parlamentarismo disciplinado», K. LOEWENSTEIN, en su gran obra, *Verfassungslehre*, Tübingen, 1959, p. 105.

(76) MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, loc. cit., núm. 128.

(77) HAMMAN, *Komm.*, p. 25, deduce del art. 20, III, que las intervenciones administrativas de todo tipo en la esfera individual del ciudadano sólo son lícitas siempre y cuando estén autorizadas expresamente por una ley formal. Igual, 2.ª ed., p. 22, recién publicada.

está también ligado al orden constitucional, lo estará también a sus principios y, por tanto, estará sometido a semejante atadura (78). La frase que THOMA escribió hace treinta años encaja hoy perfectamente: «es irrelevante el que dicho principio sea más o menos susceptible de ser obtenido por interpretación de un documento constitucional». Sin embargo, para evitar confusión es necesario indicar que semejante afirmación, en principio, solamente es válida en la relación general de sujeción; de las RlesS no se dice una palabra (79).

Esta es la opinión sobre el PLdA de un «ius publicista» con una marcada dirección hacia el constitucionalismo; es interesante la comparación con la opinión de dos administrativistas.

WOLFF (80) divide el PLdA en RdL y en PdL (primacía de la Ley); bien es verdad que bajo la RdL entiende que sólo las intervenciones de la Administración en la libertad y en la propiedad de los individuos exigen una autorización legal. Aquí, pues, por una parte, se restringe el ámbito del PLdA, y por otra parte se afirmará expresamente que éste sólo rige en la relación general de sujeción: «los órganos públicos, están más bien, en la duda, autorizados... b) a regular de manera abstracta y concreta las RlesS» (81). Sin embargo, esta afirmación daría una falsa impresión de la actitud de WOLFF, y por ello se impone matizarla. En un capítulo (cap. 30) dedicado especialmente al tema de la legalidad de la Administración; divide WOLFF el PLdA en sentido negativo—esto no ofrece dificultad—y en sentido positivo, que no es sino la necesidad de autorización legal para intervenir en la esfera de derechos y libertad de las personas naturales y jurídicas. La afirmación del carácter jurídico de los reglamentos especiales (*Sonderverordnungen* (82) que se dan en las RlesS le obliga, sin embargo, a exigir una autorización para su emisión. Ahora bien, por no pensar en categorías tan de Estado de derecho como aquí se hará—vid. III, c), d)—, será suficiente, cuando no haya una Ley formal, la autorización por vía de derecho consuetudinario.

(78) Naturalmente que semejante afirmación necesita ser matizada; cfr. op. cit., *idem*, número 130 ss., el análisis sobre la necesaria autorización legal de determinados actos administrativos y contratos públicos.

(79) Es, sin embargo, necesario reconocer que el problema del PLdA y las RlesS no es expresamente tratado en el comentario de este artículo; con esta reserva, pues, cabe afirmar que para MAUNZ el PLdA vale solamente en el ámbito de la relación general de sujeción (vid. *Staatsrecht*, pp. 58 y 113).

(80) Op. cit., p. 34.

(81) Op. cit., p. 129.

(82) Sobre este concepto vid. nota 105.

FORSTHOFF considera (83) que la RdL y la PLdA como instituciones separadas, de cualquier manera la RdL no rige en las RlesS, se afirmará de manera expresa (84).

En resumen, dejando aparte una amplia concepción—todo acto estatal, MAUNZ—o una más restringida—libertad y propiedad, derechos, WOLFF y FORSTHOFF—del Principio de la Legalidad de la Administración o reserva de la ley, se puede afirmar que el Principio de la Legalidad solamente será postulado en la relación general de sujeción, siendo excluida su validez de la relación especial de sujeción.

III

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU VALIDEZ EN LA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN.

Habiendo llegado a este punto, es obligado plantearse una pregunta: ¿cuáles son las razones que condujeron a la exclusión del PLdA en las RlesS? Se ha dicho (85) que si tal principio rige sólo en la rela-

(83) *VerwR*, p. 114.

(84) *Op. cit.*, p. 116. Lo mismo KRÜGER, en 1952, *H. Smend*, p. 230.

(85) WOLFF, *op. cit.*, p. 34. Para un enfoque de toda la problemática dentro del marco de las ideas políticas, a resaltar entre muchas posibles citas:

ARISTÓTELES, *Política*, III, 1928 b: «... que son las leyes bien establecidas las que deben tener la soberanía, y que los magistrados, ya sean uno o varios, deben tenerla sólo acerca de aquellas cosas sobre las cuales las leyes son incapaces de hablar con exactitud, porque no es fácil determinar en general acerca de todas las cosas».

Sorprende, por ello, la pretensión de querer ver en ARISTÓTELES—así, DUVERGER, *Instit. Politiques et Droit Constitutionnel*, París, 1959, pp. 153-154, en típico análisis superficial—el definidor de la generalidad y de la abstracción en la ley.

LOCKE, *Of civil government*, libro II, sec. 159, al fundamentar la prerrogativa real (es decir, el ejecutivo, la Administración): «... there the good of society requires that several things should be left to the discretion of him that has the executive power. For the legislators not being able to foresee and provide by laws...».

Vid. HUME, *Political Discourses*, XII, y el ensayo sobre la política como ciencia.

MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, I, libro XI, cap. VI: «par la seconde (puissance)... (le prince, le magistrat) établit la sureté (parrf. 2). (... le pouvoir d'exécuter les résolutions publiques) (parrf. 6). «Car, l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner» (parrf. 43).

ROUSSEAU, *Contrat social*, libro 5, cap. V: «Ainsi, bien que le gouvernement puisse régler sa police intérieure comme il lui plaît, il ne peut jamais parler au peuple qu'au nom du souverain, c'est à dire au nom du peuple même; ce qu'il ne faut jamais oublier.

Subrayados del autor.

ción general de sujeción, es esto producto de una regla más histórico-convencional que dogmáticamente fundamentada, pensamiento que conduce al estudio de la concepción jurídica de la doctrina tradicional sobre las RlesS.

a) Es inevitable la referencia a MAYER. Según él (86), el Estado puede gravar al individuo así como intervenir en su libertad con su consentimiento. La existencia de éste, pues, elimina los límites impuestos por la reserva constitucional; ejemplo: el cargo en el aparato administrativo público (87). Para el otro gran grupo de RlesS, esto es, los establecimientos públicos (88), no encuentra MAYER, ni en la Ley ni en el sometimiento voluntario, la justificación de dicha situación. La razón del poder del establecimiento público es siempre la misma, es decir, el hecho de que el objeto que va a ser tratado entra en el ámbito del establecimiento, cualificando dicho hecho el *derecho doméstico* o *dominical* (*Hausrecht*) del establecimiento. Así, pues, el principio de la legalidad no rige en las RlesS por un acto de sumisión voluntario o por el derecho doméstico (89). THOMA (90) apoyará dicha concepción cuando afirma que la emisión de normas generales abstractas para regular las RlesS pertenece al Reglamento Administrativo como «bien doméstico o dominical» (*Hausgut*) de la Administración.

Tras estas dos afirmaciones resulta evidente que las RlesS fueron consideradas como *ámbito de libre conformación por la Administración* (91). Y esto no fué sino la lógica consecuencia de la entonces predominante concepción de la proposición jurídica. Como ya ha sido expuesto, la cualidad de la Ley en sentido material—proposición jurídica, norma jurídica—es que establece límites en general para la libertad y en particular para la propiedad (92), o, con otras palabras, la proposición jurídica crea

(86) *VerwR.*, p. 98.

(87) THOMA, *HdbDStR*, p. 230, nota 26, indica que para MAYER la frase *volenti no fit iniuria* sustituye la autorización legal, aunque con una fuerza menor en comparación con la 1.ª edición (cfr. p. 98, nota 12, 3.ª ed. de la obra de MAYER). La teoría del consentimiento es estudiada más adelante.

(88) *Op. cit.*, tomo II, p. 497.

(89) MAYER, *idem*, nota 7, no da tanto valor al concepto de derecho dominical («Hausrecht»), lo decisivo es la entrada del afectado en determinado ámbito de poder de la Administración Pública (esfera del establecimiento; *Sphäre der Anstalt*, círculo de poder; *Machtkreis*, etc.).

(90) *HdbDStR*, p. 223.

(91) Cfr. KÖHL, *op. cit.*, p. 46 ss.

(92) ANSCHÜTZ, «Gesetz», en *Wörterbuch Fleischmann*, II, p. 215.

fronteras y límites entre los diferentes sujetos jurídicos (93). Ahora bien, al comprender el Derecho como orden normativo regulador exclusivo —estableciendo límites— de las relaciones externas entre sujetos jurídicos se decía negativamente que toda norma interna no era una proposición jurídica (94), teniendo esta concepción su más clara consecuencia en lo que concierne a la vida interna del Estado y a las RlesS (95). Dos citas de JELLINEK (96) hacen esto más claro: «Las relaciones del Estado con sus organismos, como relaciones dentro del Estado, no son relaciones jurídicas» y «siempre y cuando el Estado regule exclusivamente una relación con sus propios organismos podrá ser realizada dicha regulación a través de ordenanzas desprovistas de cualidad jurídica, ya que un proceso que permanece estrictamente dentro de su personalidad y que en sí no produce ningún efecto frente a terceros, no podrá ser nunca calificado como norma jurídica».

Tras esto, pues, se obtiene: RdL = proposición jurídica; las normas promulgadas dentro del aparato administrativo, no son proposiciones jurídicas (97); así, pues, en esa relación interna (98) no rige la RdL o PLdA, es decir, aquí dispone libremente el ejecutivo.

Para apoyar este resultado venían además las siguientes consideraciones (99):

— Necesidades prácticas; la introducción de la RdL en todas las RlesS obligaría a un enorme desarrollo de la legislación, y además, la administración perdería capacidad de adaptación y movilidad. En esta línea se deben colocar todas las teorías sobre el fin administrativo de la relación en cuestión.

— La originaria consideración de la RlesS como relación de carácter jurídico privado; por medio de un contrato podía el Estado limitar

(93) Como bien indica KRÜGER, *Homenaje Smend*, p. 213, nota 8, esta concepción de la proposición jurídica se encuentra en JELLINEK y en LABAND; después sería generalmente aceptada. Cfr. la corrección de BACHOF, *H. Laforet*, p. 298, a las citas de KRÜGER.

(94) Loc. cit.

(95) Op. cit., p. 214.

(96) *System d. sub. öff. Rechte*, pp. 194 y 233; citas de KRÜGER, loc. cit.

(97) Cfr. la exposición de KRÜGER, loc. cit., sobre la diferencia entre reglamentos jurídicos y reglamentos o instrucciones administrativas, en relación con los conceptos de «Aussen» —externo— e «Innen» —interno, y la correspondiente crítica de BACHOF, op. cit., p. 288.

(98) Es decir, relación interna en oposición a relación externa, la cual sí está sometida al derecho por medio de los mencionados Rechtsverordnungen, reglamentos jurídicos.

(99) KÖHL, op. cit., p. 73.

discrecionalmente la libertad de los ciudadanos, siempre, claro está, dentro de ciertos límites.

— La autorización legal para crear una RlesS concedía al mismo tiempo autorización para intervenir sin base legal explícita en la libertad y propiedad de los afectados.

— La teoría de los actos administrativos por razón de sumisión (*Verwaltungsakte auf Unterwerfung*) o, dicho de otra manera, la *teoría del consentimiento*.

Crítica.

En torno a la proposición jurídica (100):

La concepción anteriormente expuesta que de la proposición jurídica tenían JELLINEK y LABAND—establecer límites entre sujetos jurídicos— y de THOMA y ANNSCHÜTZ—intervención en la libertad de propiedad—, conduce, por una parte, a no reconocer cualidad jurídica a todo el derecho de organización, y por otra, a descualificar jurídicamente a aquellas disposiciones que conceden derechos al individuo frente al Estado, y, por supuesto, a aquellas disposiciones dentro de las RlesS. Esto es insostenible. Desde un punto de vista jurídico y dogmático, la proposición jurídica es: «la expresión escrita o no escrita de toda disposición general y abstracta referida a la conducta de los hombres, que se presenta con la pretensión de ser obligatoria, ya que concuerda con el principio de derecho y que como norma jurídico-positiva rige jurídica y, por lo general, socialmente» (101). Sujetos de proposiciones y normas jurídicas

(100) Se traduce «Rechtssatz» por proposición jurídica (bien traducido por TEJERINA en la *Teoría pura del Derecho*, de Kelsen, 1946. El mismo MAYER, op. cit., ed. francesa, p. 114, nota 15, tomo I, Rechtssatz, proposition juridique). Cada proposición jurídica contiene la situación de hecho y la consecuencia jurídica, es decir, la norma, la regla, el precepto; así, pues, Rechtsnorm es diferente de Rechtssatz, aunque frecuentemente se encuentran ambos conceptos empleados indistintamente en el Derecho alemán, vid. WOLFF, op. cit., p. 90; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 73 ss., Wien, 1960; NAWIASKY, *Allg. Rechtslehre*, 1948, pp 10 ss., MENCER, *VVDStRL*, 15, pp. 4 ss.; cfr. especialmente el libro maestro de ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1959, especialmente p. 12 ss., y últimamente las profundas reflexiones de LARENZ sobre el sentido lógico de la proposición jurídica en *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 149 ss.

(101) Definición de WOLFF, op. cit., p. 89; aparte de las consabidas excepciones (LARENZ las llama Hielfssätze, literalmente frases de ayuda, o unvollständige Rechtssätze, proposiciones jurídicas incompletas, op. cit., pp. 154, 160), la estructura de la proposición jurídica es: cuando ocurre determinada situación de hecho, deberá darse determinada consecuencia jurídica (naturalmente, esto es una simplificación muy esquemática). La definición de WOLFF no deja de ser problemática y no está libre de crítica (bien es cierto que probablemente no hay defi-

sólo pueden ser, en último término, los hombres; sin embargo, de manera técnico jurídica, lo son también las personas jurídicas y sus órganos.

Esta concepción de la proposición jurídica lleva a afirmar:

- no sólo las cargas—intervención soberana en la libertad de propiedad—, sino también las prestaciones estatales son objeto de proposiciones jurídicas (102);
 - los actos favorecedores de la Administración son también actos administrativos (103);
 - fundamentalmente la relación interna de la Administración es susceptible de una regulación jurídica; aquí también se dan proposiciones jurídicas o, respectivamente, actos administrativos.
- Esta afirmación plantea las cuestiones siguientes:

- la proposición jurídica y el derecho de organización (104);

nición de la proposición jurídica que lo esté, ya que en el fondo late una determinada concepción del orden jurídico), pero es fundamentalmente correcta y representa la doctrina dominante. Así, pues, se sigue la dirección doctrinal que ve el íntimo sentido de la proposición jurídica en la regulación de la conducta humana. Esto es, nuevamente, doctrina dominante; vid. Kelsen, op. cit., p. 31; Forsthoff—con referencia a Anschütz—, op. cit., p. 386; Lehmann, *Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 12, etc. Cfr. Nawiasky, op. cit., pp. 13, 114; Köhl, op. cit., p. 81. El concepto clave es «Verhaltensnorm»; ahora bien, para evitar confusión hay que indicar que esta «norma de conducta» no se entiende en un sentido tan estricto como Burckhardt. En la literatura española, vid. Garrido Falla, *Tratado*, I, p. 47 ss.; otra dirección, Ballbé, voz «Derecho Administrativo» en la *Nueva Enciclopedia jurídica*; cfr. la postura de Castro, *Derecho Civil de España*, 1949, p. 46 y p. 48, nota 3 (lo mismo en edición de 1955).

(102) Esta fué la gran aportación de Forsthoff en *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, con el fin de dar protección jurídica al individuo en dicho campo; vid. aparte de dicha obra, *VerwR*, I, p. 121; cfr. Köhl, op. cit., p. 80.

(103) Esto tiene como consecuencia que, en principio, la Administración prestadora de servicios está sometida al PLDA; vid. Maunz-Dürig, *Komm.*, art. 20, núm. 124 ss.; otra opinión, Forsthoff, loc. cit., sobre esto, Bachof, *VVDStRL*, 12. Cfr. *JZ*, 1961, p. 36 (D. Jesch) y *Bay VBL*, 1961, p. 13 (K. Stern).

(104) No solamente las normas del derecho de organización, sino la cualidad jurídica de ciertas normas constitucionales y procesales. La literatura es amplísima, aparte de las obras de Burckhardt, Nawiasky—cuya postura ha sido decisiva para la estructuración jurídico-constitucional de Baviera, vid. art. 77 Const. bávara—, etc.; cfr. Forsthoff, op. cit., p. 377 ss., especialmente 383—pensando en categorías estatales—; es bien conocida la postura de Kelsen, op. cit., p. 53, que con su «Stufenbau» considera a las normas constitucionales y procesales como «unselbständige Rechtsnormen» (normas jurídicas dependientes). Cfr. las dos contrapuestas posturas, *VVDStRL*, 16, pp. 154 ss. Dado que se ha citado la definición de Wolff, es obligado una breve referencia a su concepción; la definición de proposición jurídica es un concepto jurídico teórico que abarca por una parte disposiciones que son leyes materiales—fuentes del derecho—y disposiciones que son meras medidas gubernamentales o administrativas. Leyes materiales (esto es, proposiciones jurídicas en sentido estricto, fuentes jurídicas, y, por tanto, aplicables ante los Tribunales), son: 1. Aquellas proposiciones jurídicas cuyos sujetos son sujetos de derecho tanto en la relación general de sujeción como en la RleS;

- la proposición jurídica y los Reglamentos administrativos internos (105);
- acto administrativo y acto jurídico de servicio interno (106).

Con este concepto de la proposición jurídica es insostenible la tesis

2. Aquellas proposiciones jurídicas cuyos sujetos son órganos de sujetos de derecho, siempre y cuando crean obligaciones y derechos para dichos órganos en relación (externa) con sujetos de derecho o con otros órganos independientes (por ejemplo, normas constitucionales y procesales). No son leyes en sentido material—pero si pueden contener en sentido amplio proposiciones jurídicas—los reglamentos administrativos (*proposiciones jurídicas que afectan a órganos subordinados jerárquicamente de manera directa y las que afectan al cargo público en cuanto tal*) (op. cit., pp. 89 ss.). Vid. nota siguiente. Cfr. MENCER, VVDStRL, 15, not. 53, 54, 55.

(105) Como se sabe, hablar de reglamentos administrativos en el Derecho alemán conduce al concepto de reglamento jurídico; el primero no tiene cualidad jurídica; el segundo, sí. FORSTHOFF (op. cit., p. 121) llega a la conclusión de que las disposiciones en las RlesS, que suponen la típica diferencia entre Administración interna y externa, no hay por qué equipararlas a las normas jurídicas generales, no tienen cualidad jurídica; es bien cierto que (op. cit., p. 122) insiste en la necesidad de establecer con criterios objetivos la distinción entre funciones internas y externas de la Administración. Por otra parte, admite la existencia de actos administrativos en la RlesS (op. cit., p. 188). Al tratar los reglamentos administrativos con carácter organizador (op. cit., p. 385), vuelve a emplear el mismo argumento—efecto exterior, efecto interior—para otorgar carácter jurídico a la disposición en cuestión. Esta teoría—también KRÜGER, BACHOF, etc.—de lo «interno» y de lo «externo» se debe mantener, a juicio de FORSTHOFF—op. cit., p. 380 ss., especialmente 381, nota 2, con la literatura allí citada—por las consecuencias que otra postura tendría y porque esta actitud ha permitido la creación de un aparato administrativo eficiente y al margen de la influencia de partidos políticos. Sin embargo, el determinar cuándo hay un efecto «interno» o «externo» resulta muy problemático, y, por otra parte, ¿hasta qué punto hay consonancia en admitir actos administrativos donde se niega la existencia de proposición jurídica? Más fino y, hasta cierto punto, más consecuente, es WOLFF (op. cit., pp. 89 ss., 101-102, 231 ss., especialmente 230 y 237-38), y esto por razón de una estricta dogmática que le falta a FORSTHOFF. WOLFF habla, en lugar de reglamentos jurídicos y de reglamentos administrativos, de reglamentos generales y reglamentos especiales; el primer concepto no ofrece dificultad, pero del segundo se empieza por decir que tiene carácter jurídico, es decir, que son leyes en sentido material, como ya se dijo (vid. nota anterior). WOLFF denomina a estos reglamentos «especiales» porque están dictados, justamente, en el marco de las RlesS; su definición es: aquellas disposiciones emitidas unilateral y soberanamente, con carácter abstracto y la mayoría de las veces general, por órganos estatales, asociaciones o instituciones (establecimientos) autónomos para regular las llamadas RlesS. Ahora bien, esto conduce a otra distinción perfectamente clara—en la teoría, después en la práctica mucho menos—en la RlesS que presentan los funcionarios públicos; aquí se dan, por una parte, los «Dienstverordnungen», que son aquellas disposiciones que regulan el sueldo, horas de trabajo, etc., del funcionario, consideradas como Sonderverordnungen, y, por tanto, como leyes en sentido material, y por otra parte, los «Amtsverordnungen», que son disposiciones referidas al cargo público como tal, y no a la persona; estos últimos no son leyes en sentido material y constituyen, junto a las disposiciones entre órganos administrativos subalternos, los conocidos reglamentos administrativos. Y esto corre paralelo con el tratamiento que se hace del acto administrativo y la instrucción de servicio. En relación con este tema, la distinción de ULE (op. cit.) entre Grundverhältnis y Betriebverhältnis, de gran dificultad en la práctica y de decisiva trascendencia para la protección jurídica. Vid. nota siguiente. Un concepto limitado—en la línea de WOLFF—de reglamento administrativo, en MAUNZ-DÜRIG, op. cit., art. 80.

(106) Sobre esto, los trabajos ya citados de BACHOF, *Homenaje a Laforet*; KRÜGER, *Homenaje a Smend*; OBERMAYER, *Verwaltungsakt* y la bibliografía allí citada; KÖHL, op. cit., p. 80; JZ, 1956, 33 (BACHOF); Bay VBL, 1956, pp. 121 ss. (OBERMAYER); desde la problemática de la protección jurídica, por todos, MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, art. 19, IV.

que consideraba la RleS como ámbito de libre conformación por la Administración. Con ello también quiebra la teoría del *derecho doméstico* (107).

En torno al consentimiento:

El segundo pilastre que sirvió para apoyar la tesis de que el PLdA no tenía validez en las RleS fué el argumento del consentimiento o de la sumisión voluntaria. La argumentación que con dicha idea se ponía en práctica la ha escrito BACHOF (108): «Con su entrada en el establecimiento el usuario se somete libremente al poder de éste; con esto se verá de una vez para siempre limitada su esfera jurídica de tal manera, que cualquier ordenanza que dicte este poder con la finalidad de concretar la regulación de utilización de dicha institución, no interviene en los derechos de los sometidos a ese poder, sino que lo único que hace es especificar la intervención que se dió, en cierta manera como un cheque en blanco, con el acto de sumisión». Las normas del establecimiento público no crean nuevo derecho, escribiría JELLINEK (*Gesetz und Verordnung*, pág. 388). La frase «*volenti non fit injuria*» venía a completar perfectamente el esquema, ya que ella acababa de justificar la intervención sin base legal en la libertad y propiedad del usuario del establecimiento o del funcionario. Sobre el consentimiento estaba basada también la teoría del «acto administrativo por sometimiento», creado por MAYER; en el consentimiento se basaba también—aunque con pretensiones científicas más ambiciosas—la fórmula de WALTER JELLINEK, «acto administrativo bilateral» (*zweiseitiger Verwaltungsakt*).

Es perfectamente necesario acabar con la teoría del consentimiento y, por consiguiente, con la argumentación *volenti non fit injuria* (109). Dos puntos deben de ser estudiados: primero, si existe realmente dicho elemento de voluntariedad, y en segundo lugar, caso de existir, si supone esto un sometimiento ilimitado.

En cuanto al elemento de voluntariedad, es difícil afirmar muchas

(107) Una crítica de la teoría del derecho doméstico se encuentra en THIEME, op. cit., p. 525; vid. KÖTTGEN, *VVDStRL*, 16, p. 269.

(108) *Homenaje a Laforet*, p. 301.

(109) El mismo FORSTHOFF ha escrito: «La frase 'volenti non fit iniuria' no puede valer en el campo de la Administración pública coactiva» (op. cit., p. 462). El problema es la comprensión que se tenga de lo coactivo. La argumentación de la teoría del consentimiento sigue teniendo siempre defensores; vid. GARRIDO FALLA, op. cit., II, p. 151, nota 20; sobre el peligro de la argumentación 'do ut des', 'volenti non fit iniuria', dada la actual realidad social, *DVBL*, 1957, 725 (¡FORSTHOFF!).

veces su existencia. Se puede hablar de un sometimiento voluntario no solamente cuando no hay una coacción legal, sino cuando tampoco hay una presión social de índole semejante (110). Una voluntariedad así—con razón—entendida obliga a rechazar el argumento de sometimiento voluntario en esas prestaciones estatales de vital importancia; aquí, pues, entran todos los servicios de abastecimiento y los de transporte (111). Tampoco cabe hablar de sometimiento voluntario cuando se utiliza un establecimiento de enseñanza, aunque desde luego en este caso habría que considerar la existencia o no existencia de un auténtico monopolio estatal (112). En la utilización de otros establecimientos (museos, etc.) que en este estudio han sido considerados como problemáticas RlesS, el elemento de voluntariedad aparece más claro; sin embargo, la duda no deja de plantearse, pues no hay rastro alguno de voluntariedad en la utilización de la biblioteca municipal o estatal cuando ésta es la única que ofrece la debida posibilidad de trabajo. Exactamente lo mismo se puede decir de otros establecimientos de tipo sanitario y benéfico. Por otra parte, naturalmente, que nadie tiene obligación de ser funcionario; sin embargo, muchas veces no es esto sino una obligada consecuencia de las condiciones sociales (113).

Pero, y este es el segundo punto, aun en el caso de que pudiese considerarse el sometimiento voluntario (114) como base para la regulación de las condiciones de utilización, es una ficción en absoluto fundamentada (115) que dicho sometimiento sea ilimitado y que en virtud de él los actos del poder del establecimiento se muevan en una esfera al margen de cualquier conformación jurídica. El afirmar esto sería volver a un concepto de proposición jurídica que como fué expuesto es insostenible, y esto aún con más razón cuando la existencia de actos administrativos en este campo es en principio admitida por todos. Por otra parte, como el mismo BACHOF ha indicado, una libre conformación

(110) BACHOF, *VVDStRL*, 12, p. 59.

(111) En este estudio—*vid. I, b) y d)*—no han sido considerados como RlesS los primeros.

(112) Cabría hablar de un elemento de voluntariedad allí donde existe de una manera proporcionada establecimientos de enseñanza—escuelas, Institutos, Universidades—de carácter público y privado.

(113) El profesor MAUNZ se mostró irónico ante este intento de poner en duda el elemento voluntario en una serie de decisiones humanas; sin embargo, sería irrealista hablar de sometimiento voluntario en la motivación de algunas RlesS.

(114) En relación con esto, es interesante recordar la postura de MAYER, para el cual la utilización del establecimiento no es el sometimiento voluntario (*vid. supra*); de este sometimiento voluntario habla sólo en relación con los funcionarios públicos.

(115) BACHOF, *loc. cit.*

de los establecimientos públicos a través de la Administración no puede ser permitida si se piensa que la Administración, en último término, trabaja con medios públicos—que provienen del cobro de impuesto al ciudadano—destinados no a cualquier empleo, sino a un empleo que se adapte a la realidad, con justa y proporcionada consideración de todas las personas que pudieran ser afectadas (116).

Tras el examen del concepto de proposición jurídica y del consentimiento se presenta como una pura ficción la tesis de las RlesS como esfera de libre conformación por la Administración. La base de esta tesis es un fin político (117), que se vió ayudado por la restricción histórica del concepto de proposición jurídica, siendo privadas de esta manera las RlesS de una conformación legal, de una regulación de Estado de derecho (118). Por lo anteriormente expuesto se establece: las relaciones especiales de sujeción no escapan a ninguna relación jurídica, sino que en ellas se dan proposiciones jurídicas y actos administrativos; además, el sometimiento voluntario no es base nunca para regular arbitrariamente dichas relaciones.

b) Pero con esta constatación no está dicho en absoluto que todo acto estatal en las RlesS necesite una base legal y que toda actividad jurídicamente relevante en este campo se deba producir en virtud de una proposición jurídica (119).

El problema, que hasta ahora ha sido llevado por camino de la teoría general del derecho, debe entrar ahora en el campo del derecho positivo. El primer artículo que hay que considerar es el artículo 20, III; tras el análisis que hace MAUNZ de esta disposición jurídica, análisis que aquí se sigue (120), queda excluido jurídicamente toda posibilidad de exigir, apoyándose en este artículo, una base legal para la administración en la RleS. No se puede por menos de decir que en este punto se ha argumentado frecuentemente de una manera precipitada (121). Sin embargo, cabría preguntarse si por lo menos esa rigurosa atadura jurídica que dentro de la relación general de sujeción

(116) Loc. cit. y *Homenaje a Laforet*, pp. 301 y 302.

(117) Sobre esto, por todos, KELSEN, *T. general del Estado*, traducción del profesor LEGAZ LACAMBRA, pp. 308 ss., 432, donde señala cómo la teoría de la separación de poderes ha contribuido a esta autonomía de que goza el ejecutivo, vid. también pp. 456 ss.

(118) Así SCHEUNER, U., en *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, II, p. 257.

(119) KÖHL, *op. cit.*, p. 92.

(120) Vid. *supra*, II, b).

(121) THIEME, *op. cit.*, p. 523.

rige para la administración de coacción (*Eingriffsverwaltung*) (122)—base legal para la intervención en los derechos del individuo—, no rige también en la RleS.

Esta cuestión, como ya se expuso (123), es negada expresamente por dos administrativistas. Esta opinión, desde el punto de vista del documento constitucional, hay que suscribirla; la Ley Fundamental, *Grundgesetz*, no dice nada sobre esta atadura jurídica. El principio de que intervenciones en libertad y propiedad del individuo no son lícitas sin una autorización legal y que de manera sobreentendida—con o sin formulación constitucional—rige en la relación general de sujeción, no puede ser trasladado sin más con un superficial tratamiento de la ley constitucional, a la relación especial de sujeción.

Se ha hecho referencia al artículo 2, I (124). La pretensión de deducir del artículo en cuestión un determinado ámbito de validez para el PLdA no es correcta. No cambia nada ni cuando se pone en relación dicha disposición con el art. 20, III, ni cuando se quiere ver en ella una declaración implícita sobre dicha cuestión (125). En uno de los más profundos estudios (126) sobre dicha ley constitucional se dice que el artículo 2, I, tiene como consecuencia el cubrir toda laguna del *status negativus* del individuo. Sólo con esta primera observación está dicho todo con referencia a la problemática que aquí interesa: *se trata de la relación general de sujeción Individuo-Estado, en la cual tiene su justo lugar la teoría de los «status» acuñada por C. JELLINEK (Allg. Staatslehre, 3.ª ed., p. 419, y en su Sistema de Derechos públicos subjetivos) (127).*

Toda la restante interpretación que de dicho precepto se hace permanece naturalmente dentro de este marco; así, por ejemplo, cuando se dice que del artículo 2, I, hay que deducir como contenido mínimo un derecho subjetivo a una intervención legal (128), y cuando consecuentemente se establece que nadie puede ser gravado con una obligación que no le incumba, lo cual produce un derecho subjetivo a la libertad frente a toda intervención gravosa ilegal. La crítica que aquí se hace

(122) MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, art. 20, núm. 129; se remite a lo dicho en II.

(123) Vid. *supra*, II, b).

(124) THIEME, *op. cit.*, ídem. Cfr. textos legales al final de este estudio.

(125) THIEME, *loc. cit.*

(126) MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, art. 2, I, IV, p. 25.

(127) Sea indicado que una típica RleS, la del funcionario público, es clasificada por JELLINEK en el *status positivus* como una situación de honor (*loc. cit.*).

(128) MAUNZ-DÜRIG, *loc. cit.*

se fortalece al considerar el artículo 2, II, frase segunda. Es evidente que la introducción del mandato «toda intervención en la libertad de la persona—aquí, según DÜRIG, libertad de movimientos—sólo podrá tener lugar en virtud de una ley», es inaplicable en las RlesS (vid. parte III, d). Aparece claro que el *phatos* del artículo 2, así como de todos los Derechos Fundamentales (129), se refiere a la relación general de sujeción. No cabe deducir ningún pensamiento jurídicoconstitucional sobre la necesidad de una base legal en las RlesS, según el texto de los derechos fundamentales (130).

Sobre el artículo 33, V, hay que indicar que en este campo—funcionarios públicos—, dada la regulación legal de que goza, no se plantea el problema de la Legalidad de una manera tan aguda como en otros. De todas maneras, si hubiese que deducir algo (131) de la fórmula «principios tradicionales», sería de que aquí hay una prueba de la conciencia que tiene la Grundgesetz de ciertos sectores estatales que tienen una conformación jurídica «especial», y en los cuales cabría, y se necesita, hablar de un *status* particular (132).

Por último, queda tratar el artículo 80; a este precepto remitió KRÜGER (133), preguntándose si la constitución de una RlesS no debería corresponder con lo preceptuado en el artículo 80. Como ha habido ocasión de decirlo, el concepto de reglamento jurídico del que se ocupa este precepto está en conexión con el reglamento administrativo o reglamento especial en la terminología de WOLFF (134). El artículo 80 exige una autorización legal (contenido, fin, extensión) para la misión de reglamentos jurídicos; frente a esto, dicha autorización no es necesaria para el reglamento o disposición administrativa (135). Y este es justamente el punto que plantea la problemática de la legalidad en

(129) El art. 17a (limitación de los Derechos Fundamentales para los que se encuentran en las fuerzas militares) permite, con argumento a contrario y por analogía, fundamentar concepciones contrarias.

(130) La misma conclusión que para la famosa problemática del efecto a tercero de los Derechos Fundamentales.

(131) Es perfectamente correcto mantener que el hecho de que la GG ha institucionalizado (HILDE, KRÜGER, «Zeitschf. f. Beamtenrecht», 1959, 310) o conoce una serie de RlesS, no cambia nada en lo que hace referencia al Principio de Legalidad; el problema recae siempre en qué es lo que se entiende por Legalidad en el sentido del art. 20, III.

(132) KÖLLREUTER, DÖV, 1951, p. 469.

(133) VVDStRL, 15, p. 119, p. 131.

(134) Op. cit., p. 101; vid. nota 105.

(135) Sobre el art. 80, cfr. MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, dicho artículo; MAUNZ prefiere la denominación disposición u ordenanza administrativa en lugar de reglamentos administrativos, para evitar confusión; vid. nota 105.

las RlesS, que están reguladas fundamentalmente por disposiciones o reglamentos administrativos, por órdenes emitidas por los propios establecimientos públicos, o por instrucciones individuales, faltando en estas tres figuras justamente la autorización legal del artículo 80 (136). De este artículo, pues, no cabe fundamentar el PLdA para las RlesS, siempre y cuando no se citen reglamentos jurídicos (137).

La tesis de que el PLdA no rige en las RlesS ha quedado confirmada tras este análisis constitucional.

c) Ahora bien, ¿está este resultado en consonancia con el espíritu de la *Grundgesetz*, con su voluntad de crear un nuevo orden (Preámbulo), con su adhesión—para evitar reticencias, plasmada formalmente en el artículo 28, I—al Estado de derecho? Evidentemente, no.

Por lo pronto, esto no correspondería con *la imagen de un Estado constitucional justo desarrollándose hacia un Estado de derecho* (138). En esta línea se podría, en último término, usar el argumento de MAUNZ para fundamentar la validez del PLdA en la relación general de sujeción, para la relación especial de sujeción, es decir, que la necesidad de una autorización legal para todo acto ejecutivo no es sino una consecuencia del principio del Estado de derecho, este último contenido en el orden constitucional. Naturalmente, contra este razonamiento cabría aducir que de esta manera el principio de Estado de derecho serviría para fundamentar cualquier argumentación. En este punto sí hace falta que las cosas queden bien claras: frente a todas las direcciones dogmáticas que han visto en el Estado de derecho un pozo sin fondo, del cual se podría sacar justificación poco menos que para todo, se señala que al recurrir en este trabajo al principio del Estado de derecho, se hace con la única finalidad, sobre la que en principio está de acuerdo toda la doctrina, salvo alguna excepción extravagante, esto es, para fortalecer la llamada *calculabilidad—Berechenbarkeit—*; lo cual, naturalmente, sólo es posible con un sistema de ley abstracta y general y, por inter-

(136) Así, THIEME, op. cit., p. 526, expresamente para las ordenanzas de los establecimientos públicos. Esto no tiene nada que ver con el hecho de que dichas disposiciones sean proposiciones jurídicas (vid. en este trabajo lo dicho sobre la proposición jurídica y correspondientes notas).

(137) HAMMAN, *Komm.*, p. 25, mantiene que las disposiciones generales en las RlesS deben ser consideradas como reglamentos jurídicos; otra opinión, como se ha visto, la doctrina dominante. Cfr. 2.ª ed., p. 23.

(138) Pensamiento de THOMA para afianzar la validez del PLdA en sentido estricto a la relación general de sujeción (vid. *supra* II, a); justo (*rechtsschaffen*) no en el sentido de una justicia con grandes pretensiones, sino en el sentido de rectitud, probidad.

na lógica del sistema parlamentario, formal. Y este es el sentido de la enseñanza de THOMA.

Y, por último, cuando se piensa que el Tribunal Federal Constitucional ha dicho que el principio del Estado de derecho exige que «el individuo debe saber hasta qué punto está autorizada la Administración para intervenir en su esfera jurídica», entonces, pues, no parece arbitrario la exigencia de una base legal para la actividad de la Administración en las relaciones especiales de sujeción (139).

Dicha exigencia—y esto se repite por lo que tiene de problemático este procedimiento jurídico (140)—se obtiene, no del texto de la *Grundgesetz*, sino de la adhesión de la GG al Estado de derecho, de la voluntad de la GG de crear un nuevo orden, de la GG considerado como un todo (141).

d) Una vez se haya aceptado este resultado, no queda sino como última tarea la del examen de los argumentos técnicos—frecuentemente políticos—para la introducción de la RdL, o respectivamente, PLdA en las RlesS (142).

(139) Cfr. tomo 9, p. 137, de las sentencias de dicho Tribunal. Para evitar malentendidos: base legal de la actividad administrativa cuando se interviene en la situación jurídica (más claro: derechos) del individuo que se encuentra en la RlesS. Otra cuestión sería—mucho más complicada—base legal para toda actividad administrativa; vid. definición MAUNZ, II, b) y notas 104, 105, 106.

(140) La llamada *broad interpretation* (BACHOF, VVDStRL, 12, p. 54; MAUNZ-DÜRIG, *Komm.*, art. 20, IV, núm. 68), más que al comentario constitucional, hace referencia al examen de la constitucionalidad de las leyes. Actitud crítica ante este método interpretativo y, en general, contra el llamado método de ciencia del espíritu introducido por SMEND, FORSTHOFF, E., *Homenaje a C. Schmitt*, p. 34 ss. Ahora bien, dicha crítica no sería en este caso correcta, dada la falta de contenido axiológico—esto se debe de entender en lo que se refiere al tratamiento técnico jurídico, que se mueve dentro de unas, impuestas, coordinadas axiológicas, claro está—que tiene el planteamiento de este estudio. Esta problemática conduce al método jurídico, a su relación con la hermenéutica, etc., sobre lo que se podría escribir páginas de bibliografía; aparte de los conocidos trabajos—no de teoría general del Derecho, sino de Derecho Público—de LEIBHOLZ, NAWIASKY, WINTRICH, etc., es interesante—por ser hoy juez del Tribunal Federal Constitucional de Karlsruhe—el trabajo de M. DRATH, *Die Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlín, 1952, cuya tesis es problemática y discutible. Con una visión muy clara sobre la tarea y el camino a emprender, cfr. el profundo y documentado trabajo, en el número 30 de esta Revista, de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, especialmente pp. 154 ss.

(141) El argumento aquí empleado—la decisión de la Constitución por un principio general como pauta para la interposición de la Ley constitucional *ad hoc*—es explícitamente aplicado para el art. 19, IV (cláusula general de protección jurídica), por ULE (op. cit., p. 151, y la bibliografía allí citada); las conclusiones de ULE con muchas reservas sobre esto, ya se citó: MAUNZ-DÜRIG, op. cit., art. 19, IV. Por otra parte, si la RlesS apareciese, en el sentido de KRÜGER, vid. nota 24, como totalmente desconstituída, entonces habría que considerar la frase «todo poder emana del pueblo» (cfr. KRÜGER, VVDStRL, 15, pp. 121-122).

(142) KRÜGER, loc. cit., habla de «*Verrechtlichung*» (conformar jurídicamente).

Ya fué estudiado y rechazado el consentimiento como posible argumento para fundar una esfera de plena libertad de actuación para la Administración (143). En virtud de ésto y por encima de todo, desde un punto de vista estrictamente dogmático de Estado de derecho, es imposible mantener la sustitución de la Ley a través de la voluntad del individuo; dicho con otras palabras, la aprobación no puede ser nunca fundamento para dictar actos que, con carácter soberano, intervengan en la esfera del individuo, ya que entonces se daría el caso de una delegación individual del poder soberano, delegación que sólo es posible por el poder legislativo (144). La base de la intervención administrativa sólo puede ser una Ley; la teoría del consentimiento es incompatible con el Estado de derecho, el cual supone el principio de la Legalidad.

Lo mismo hay que decir en el caso de que la RleS tenga su fundamento en el derecho consuetudinario: desde el punto de vista de la Legalidad, la intervención en la esfera jurídica de los afectados en virtud de una autorización consuetudinaria es insostenible (145).

Como ya se dijo, al principio de la Legalidad no le basta una base legal general, sino que «el principio del Estado de derecho exige que la Administración sólo puede intervenir en la esfera jurídica del individuo cuando esté autorizada en la Ley, y esta autorización tiene que estar suficientemente determinada y delimitada en lo que hace referencia al contenido, objeto, fin y extensión, de tal manera que dicha intervención pueda medirse y, con cierto alcance, pueda ser previsible y calculable para el ciudadano». He aquí una de las más bellas afirmaciones que ha hecho esa «fuente del derecho» que es el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana. Esta frase muestra claramente que el PLdA exige una regulación detallada (146).

La creación de una Institución supone la aceptación del fin que persigue y que deberá cumplir. Tras esto se establece la correspondiente regulación que garantizará la seguridad. El problema surge cuando esa

(143) Vid. III, a), «en torno al consentimiento».

(144) LEISNER, op. cit., p. 621. Cfr. las interesantes reflexiones de las notas 31 y 32; vid. nota 109.

(145) Cfr. BACHOF, VVDStRL, 12, p. 60, que admite la autorización por derecho consuetudinario; crítico, THIEWE, loc. cit.; vid. OBERMAYER, DVBL, 1959, p. 355, nota 10.

(146) Tomo 9, p. 147, y tomo 8, p. 276; bien es cierto que sólo en el marco de la relación general de la sujeción. El Tribunal Federal Administrativo en Berlín exige (tomo 2, p. 114 de las sentencias de dicha institución) que la autorización para dictar actos gravosos debe ser dada de tal manera que se pueda prever en qué casos, con qué sentido y con qué finalidad se hará uso de dicha autorización. Crítico sobre esta exigencia, WOLFF, op. cit., p. 130.

regulación no es realizable: a) dada la imposibilidad de determinar la extensión y contenido de las respectivas prestaciones, así como la intensidad de las posibles intervenciones en la esfera de los afectados, es decir, cuando entra en juego la llamada *imprevisibilidad*; b) o, cuando en el caso de que dicha regulación fuese llevada a cabo, fuese la consecuencia de una considerable pérdida en *eficiencia y productividad* de la Administración (147). Y esto es, justamente, el caso en las relaciones especiales de sujeción: «no habría regulación normativa lo suficientemente detallada en el Derecho militar, ni en el Derecho regulador del orden de la enseñanza y de los establecimientos públicos, capaz de apurar todos los puntos de contacto disciplinarios» (148). Frente a la Legalidad, pues, ninguna de las otras características que se vieron (vid. I, c) tiene relevancia, ni la existencia de una relación personal, ni la obtención de ciertas prestaciones, ni la voluntariedad ni el fin administrativo a que se está sometido, etc. La Legalidad solamente es impotente cuando una *realidad objetiva* impide su realización, y esto es única y exclusivamente cuando la multiplicidad y disparidad de las situaciones de hecho a tipificar permite hablar de una *imprevisibilidad*, y de una manera secundaria, también en el caso de que cuando esto, con gran esfuerzo, fuese posible se produjera una considerable pérdida de *eficiencia* administrativa. No hace falta indicar que con estas formulaciones tan abstractas no se pretende decir nada definitivo. Tampoco es esto la pretensión de este estudio; *aquí solamente interesa indicar líneas generales, puntos límites, para afianzar una primera actitud de la Legalidad ante la relación especial de sujeción*; tras esto, y esto está en consonancia con la tesis de la primera parte de este estudio, vendría una investigación de cada una de las relaciones especiales de sujeción (149).

¿Qué posibilidad le queda a la Legalidad cuando estos dos puntos han quedado comprobados? Está en la mente de todos: una *cláusula general* (150). Ni el jurista que piense en las más estrictas categorías de

(147) Con todas las reservas que exige dicha comparación (DUVERGER, *Méthodes de Science Politique*, París, 1959, p. 312), cfr. las citas de la nota 85.

(148) LEISNER, op. cit., p. 619.

(149) En esto es tan evidente que no hace falta insistir; hay una considerable diferencia entre la relación del funcionario con el aparato administrativo, del escolar con la escuela y del preso con la prisión.

(150) WOLFF, op. cit., p. 130; LEISNER, op. cit., p. 619; SCHEUNER, *Hundert Jahre*, p. 257, indica que el amplio campo en el que la Administración ha podido actuar sin base legal, se ha ido reduciendo. Para el caso de los RlesS, haciendo alusión a IMBODEN, parece postular una autorización legal suficientemente amplia. Lo mismo KÖHL, op. cit., p. 92, aunque su te-

Estado de derecho puede oponer nada a semejante solución. En conexión con el concepto de cláusula general, pero claramente diferente de él, se encuentran los «conceptos jurídicos indeterminados»—*unbestimmte Rechtsbegriffe*—y el concepto del poder discrecional—*freies Ermessen*—. Como ha sido definido por PETERS (151), la cláusula general es una norma emitida con una formulación muy general con el fin de regular situaciones de hecho imprevisibles o difícilmente determinables.

La idea básica del Estado de derecho—aparte (o en conexión lógica), naturalmente, de la libertad—, como ya se ha dicho, es la seguridad jurídica; la frase de STAHL es perfectamente vigente: «el Estado debe fijar exactamente y delimitar las vías y límites de su actividad; así como la libre esfera de sus ciudadanos, a la manera del derecho» (152). La cláusula general es todo lo contrario de esto y, sin embargo, es la mejor posibilidad; el punto de partida es un hecho indiscutible: la situación de hecho no es susceptible de la regulación exigida. Una vez admitido esto, se afirma que sirve al ideal del Estado de derecho una cláusula general—naturalmente determinada su validez tanto por la materia como por la extensión—mejor que un conjunto de disposiciones casuísticas e insuficientes (153).

Pero esto no es todo. El PLdA exige que todas las intervenciones (154) en el marco de una cláusula general deben estar en consonancia, si no servir, a la finalidad de la RleS en cuestión. Nuevamente hay que recono-

sis, que distingue entre establecimientos con base territorial cerrada (autorización general) y los servicios de abastecimientos (disposición abstracta y general), no se puede aceptar por lo anteriormente dicho.

(151) *Staatslexikon Herder*, voz «Generalklausel».

(152) *Rechts-und Staatslehre*, 2.ª parte, p. 137. Esta es la traducción de la cita de STAHL, tal como la de MAYER (op. cit., ed. franc., p. 76), y probablemente la que se introdujo en España (vid. GASCÓN Y MAINÍ, *Tratado*, I, 1935, p. 512, nota 1, que traduce «a la manière du droit» por modo jurídico). La traducción de la frase completa de STAHL reza: «El Estado debe fijar exactamente y asegurar inviolablemente con formas jurídicas tanto el campo y límites de su actividad, como la libre esfera de sus ciudadanos (mejor súbditos) y... «No hay ninguna discrepancia con la cita de MAYER, dado que la idea está tan clara en cualquier caso (*in der Weise des Rechts* = a la manera del derecho = reglas jurídicas = modo jurídico = formas jurídicas). Sobre esta fórmula, así como sobre la siguiente, tan famosa, sobre el Estado de derecho como modo y carácter y no como finalidad y contenido, no se cita bibliografía, por ser conocida la problemática (GNEIST, BÄHR, etc., últimamente SCHEUNER, op. cit., pp. 241 ss., corrigiendo enfoques de juristas suizos), y por otra parte, siguiendo enseñanza del profesor MAUNZ, por evitar farragosas notas bibliográficas «marginales», esto es, sin relación directa con el problema estudiado.

(153) Sobre la Legalidad de la Administración y la cláusula general, ULE, *Staats-und Verwaltungsrechtliche Beiträge*, p. 155 ss., 1957.

(154) LEISNER, op. cit., p. 619; cfr. las interesantes observaciones sobre la naturaleza de las normas en la RleS, nota 24.

cer la relativa ayuda que ofrece semejante formulación; es, sin embargo, importante insistir en este punto, que no es sino el determinar el fin de la institución donde se da la RleS. Mientras esto no conste expresamente en la Ley, se plantean una serie de cuestiones que, dada su valoración sociológica, no conducen siempre al mismo resultado, como, por ejemplo, la finalidad de un establecimiento de enseñanza. De cualquier manera es necesario fijar objetivamente la finalidad del establecimiento, ya que el no haberlo hecho ha llevado a que dicha finalidad fuese determinada subjetivamente por la Administración (155).

Para el interesado, dado que se encuentra en una situación en que desconoce la intensidad y la amplitud en la que va a ser intervenida su línea jurídica, será siempre una línea decisiva el poder conocer claramente la finalidad de la RleS en que se encuentra. En lugar de hablar de intervenciones o medidas que sirven a la finalidad institucional, sería mejor hablar de intervenciones que son exigidas objetivamente por la finalidad de la institución o por una situación dada.

Así, pues, de lo dicho se deduce:

- el Principio de la Legalidad de la Administración debe regir en las relaciones especiales de sujeción como consecuencia de la decisión jurídicoconstitucional por el Estado de derecho;
- en las relaciones especiales de sujeción el Principio de la Legalidad de la Administración exige que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan como base una autorización legal;
- la base legal explícita puede ser sustituida por una cláusula general;
- la cláusula general sólo estará justificada cuando: haya una imposibilidad de regular todos los casos (respectivamente, intervenciones), o bien haya de mantenerse la debida elasticidad con el fin de salvaguardar la eficiencia de la Administración;
- las intervenciones en la situación jurídica del individuo deben servir a la finalidad objetiva de la relación especial de su-

(155) Vid. JACORI, loc. cit.; THIEME, op. cit., p. 524; LEISNER, op. cit., p. 619; este último propone fijar la finalidad del establecimiento—si no hay ley—a partir de la «objetiva estructura de la Institución» (op. cit., p. 620); esto es de poca ayuda, porque la estructura de la institución no dirá nada de sus «telos».

jección, así como deben ser exigidas por ésta o por una situación dada.

Así, y sólo así, será posible salvar el Principio de la Legalidad de la Administración en las relaciones especiales de sujeción. *Y es bien seguro que este resultado corresponderá, como quería THOMA, a la imagen de un Estado constitucional justo desarrollándose hacia un Estado de derecho.*

APENDICE

TEXTOS:

Art. 114, Constitución de Weimar: La libertad de la persona es inviolable. Todo menoscabo o supresión de la libertad personal por el poder público sólo está permitido en base a una ley.

Art. 2 I, GG: Todo individuo tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad...

Idem II, frases 2 y 3: La libertad de la persona es inviolable. Solamente se podrá intervenir en estos derechos en base a una ley.

Art. 20 III, GG: La legislación está ligada al orden constitucional; el poder ejecutivo y el poder judicial lo están a la ley y al derecho.

Art. 30 V, GG: El derecho de los funcionarios públicos deberá ser regulado teniendo en cuenta los principios tradicionales que han regido al funcionario de carrera.

Art. 80, GG, frases 1 y 2: El gobierno federal, un ministro federal o los gobiernos de los Länder podrán ser autorizados a dictar reglamentos jurídicos. La ley deberá determinar el contenido, el fin y la extensión de dicha autorización.

