

DOCTRINA

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD O EL CONTROL DEL LEVIATHAN

Rosina de Alvarado*

En el transcurso de la vida cotidiana, sin estruendo ni sobresaltos, la administración, como un engranaje bien lubricado, realiza de manera continua y concreta su función de procurar la satisfacción de las necesidades de interés general de todo el conglomerado social. Todas las actuaciones de la administración para obtener ese fin, ya sean grandes o pequeñas, están limitadas por el principio de la legalidad. Ahora bien, ¿qué es la legalidad y cómo limita a la administración?

Hoy todos aceptamos como un hecho natural y sin discusiones la existencia de normas jurídicas que se imponen a la administración y cuyo respeto reclamamos. Sin embargo, no siempre ha sido así y la evolución para llegar al presente estado de cosas refleja un alto grado de civilización.

En efecto, en el siglo XVIII, época del "Despotismo Ilustrado", la administración estaba sometida "a una policía, es decir a una reglamentación, pero sin valor jurídico" (1) y es a este tipo de sistema político que se llamó "Estado Policía", por oposición al "Estado de Derecho" que conocemos hoy, en el cual la administración está sometida al derecho, o como se dice en sentido más amplio, a la legalidad, que es sin lugar a dudas una de las formas del liberalismo político surgido de la Revolución Francesa, la independencia de los Estados Unidos de América y las independencias de las Repúblicas Latinoamericanas.

En este trabajo analizaremos las dos preguntas que dan inicio al mismo: ¿Qué es la legalidad? ¿Cómo limita a la administración?, cerrando así el círculo abierto con nuestro artículo "Los Recursos del derecho administrativo", aparecido en el número dos de esta misma revista.

* A propósito del artículo "Qué hace nuestra Suprema Corte. Un Estudio Estadístico", del Lic. Adriano Miguel Tejada. Revista de Ciencias Jurídicas No. 15. La doctora de Alvarado es licenciada en Derecho UCMM, 1970. Doctora en Derecho, París, 1975 y profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas UCMM.

La legalidad está formada por el conjunto de todas las normas jurídicas que se imponen a la administración. Se observará que, aún cuando la palabra legalidad, etimológicamente proviene de "ley", hemos señalado en sentido general que las normas que se imponen a la administración tienen carácter jurídico. Este uso de una palabra específica en vez de otra no es caprichoso, hemos escogido ex professo, para destacar que aún cuando la ley es una de las fuentes importantes de la legalidad, otras fuentes de origen no legislativo concurren a la legalidad. ¿Cuáles son entonces esas fuentes? Las fuentes de la legalidad se dividen en escritas y no escritas, entre las fuentes escritas, en primer lugar, debe destacarse la Constitución de la República, norma suprema de la cual se derivan todos los poderes; en orden descendente siguen las leyes regularmente votadas por el Congreso Nacional; los tratados internacionales debidamente ratificados por el Poder Legislativo; los reglamentos dictados por el Presidente de la República, en virtud del párrafo 2 del artículo 55 de la Constitución; los decretos o medidas individuales dictados por el Presidente de la República también de conformidad con las disposiciones constitucionales del artículo 55; las resoluciones tomadas por los organismos e instituciones con calidad para ello, dentro de los límites de su competencia; y finalmente las ordenanzas municipales y las medidas individuales tomadas por las autoridades territoriales.

Entre las fuentes no escritas de la legalidad, tenemos la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. En lo que respecta a la jurisprudencia, es bien cierto que en todas las ramas del derecho, ella tiene una gran importancia como fuente creadora de derecho, sin embargo, es en el derecho administrativo, donde se advierte con mayor claridad esta función, en efecto, ha sido y es la jurisprudencia de los tribunales administrativos particularmente el Consejo de Estado de Francia, que han elaborado la mayor parte de las teorías, nociones y conceptos del derecho administrativo, pudiendo decirse actualmente, que el derecho administrativo es un derecho jurisprudencial.

Ahora bien, la inclusión de la costumbre como una fuente de legalidad ha sido objeto de discusiones y en ese sentido se han externado opiniones que niegan a la costumbre todo valor como fuente de legalidad (2); sin embargo, "no hay dudas que la costumbre puede ser una fuente de derecho en derecho administrativo como en las otras ramas del derecho" (3). En ese mismo orden de ideas, me viene inmediatamente a la memoria, una costumbre practicada durante muchos años en la Dirección General del Impuesto sobre la Renta, en lo relativo a las declaraciones sucesorales presentadas ante la Sección de sucesiones y donaciones. Las declaraciones sucesorales se presentaban en papel simple, firmado por el o los herederos del difunto y con

firmas legalizadas por un Notario del lugar del fallecimiento del De Cujus. En años recientes, la Renta varió el criterio, estableciendo que las declaraciones sucesorales debían ser hechas en formularios especiales a tales fines. Sin embargo, al cambiar la costumbre anteriormente establecida, y establecer la obligatoriedad del uso de los formularios oficiales, advirtió al público que tal costumbre o práctica había sido descartada y fijó un plazo a partir del cual los indicados formularios se hicieron obligatorios. Es este el reconocimiento práctico que en derecho administrativo también una costumbre es fuente de legalidad y que la violación de esa costumbre inveterada podía entrañar la anulación del o los actos administrativos que la desconocieran, razón por la cual se puso al público en condiciones de conocer el nuevo uso utilizado, ya que tal como señala el profesor De Laubadere "...el (Consejo de Estado) admite que una práctica seguida por la administración puede fundar una costumbre que liga a la administración; en esta medida una decisión contraria a tal práctica puede ser ilegal si ella no expresa la voluntad de la administración de abandonar precisamente la práctica para el porvenir, sino solamente el deseo de derogarla para un caso particular"(4).

De igual modo entre las fuentes no escritas de la legalidad hay que incluir los principios generales del derecho, los cuales se imponen a la administración en ausencia de todo texto legal y cuya violación constituye una ilegalidad. Los principios generales del derecho, han sido elaborados por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que ve en ellos la expresión y reconocimiento de los derechos naturales del hombre, estableciendo una lista de tales principios que se amplía periódicamente para mayor y mejor protección de los administrados.

Entre esos principios que tanto el Consejo de Estado como los tribunales administrativos han establecido, que se aplican y limitan la actividad de la administración, cabe citar a título de ejemplo: el principio del derecho de defensa, la intangibilidad de los efectos jurídicos de los actos individuales, la no retroactividad de los actos administrativos, el principio de la igualdad de los ciudadanos, que comprende diversos aspectos tales como: igualdad ante la ley; igualdad ante los reglamentos administrativos; igualdad ante el impuesto; igualdad en los servicios públicos; igualdad en el acceso a la función pública; más recientemente la jurisprudencia francesa ha reconocido dos nuevos principios generales del derecho: el principio según el cual todo esfuerzo merece salario y el principio de la proporcionalidad, según el cual "las medidas administrativas que conllevan atentado a los derechos y libertades individuales no deben ser excesivas tanto respecto de la finalidad de la acción administrativa como de la situación de hecho que se quiere corregir".(5)

De la enumeración que hemos hecho de las fuentes de la legalidad, se observa, que no todas las normas que se imponen a la administración tienen el mismo valor jurídico, existe entre ellas una gradación, y esta gradación ha sugerido a los autores diversas figuras para referirse a ellas, así para el profesor Hauriou la legalidad era un "block" (6); para el profesor de Laubadere, "la legalidad es una especie de cascada" (7), y para el profesor Rivero (que es la configuración que a mi juicio, expresa mejor la idea de la gradación necesaria entre las normas jurídicas), la "figura que mejor conviene a la legalidad es la de una pirámide".(8)

Ya examinamos los elementos que conforman la legalidad, veamos como limita a la administración. La legalidad limita a la administración tanto en las acciones positivas, y esto es evidente, ya que si un texto impone determinada actuación a la administración, es en este sentido y no en otro que ella debe realizarla, pero también la legalidad limita a la administración en las abstenciones. Esto significa que el respeto de la legalidad, le impide a la administración en determinadas circunstancias abstenerse; es el caso cuando un texto legal establece de manera precisa que la administración debe tomar una medida (poder o competencia ligado), si la administración no la toma, esta negativa es una ilegalidad susceptible de anulación y del recurso en responsabilidad contra la administración.

Cuando no hay prescripción legal, en términos generales, debe entenderse que la administración aprecia libremente la oportunidad de tomar tal o cual medida (poder o competencia discrecional). Sin embargo, no debe darse a ese enunciado un carácter de generalidad muy vasto, porque el principio que contiene no es absoluto; por ejemplo, la administración no puede dejar de hacer uso de su poder de policía y establecer los reglamentos de policía necesarios, cuando la peligrosidad de una situación de hecho que afecta el buen orden, la seguridad o la salubridad públicos, los hacen indispensables. De igual modo, la administración no puede abstenerse, cuando una ley le confía la elaboración de los reglamentos necesarios para la aplicación de la misma, en tal caso la administración no solo está obligada a dictar los reglamentos que dice la ley, sino que debe dictarlos en un palzo razonable.

Asimismo, la administración está obligada a prestar el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de las decisiones de justicia (y en este caso el ejemplo típico es la ejecución de las sentencias de desalojo). En caso de negativa, es decir de abstención de la administración, ésta actuación constituye una ilegalidad que debe ser censurada por el Juez.

(61) De todo lo anterior resulta que la legalidad es una traba, una limitación a la acción de la administración; ¿No es posible entonces admitir temperamentos, gradaciones en la aplicación de la legalidad? El buen sentido, la lógica y los principios jurídicos indican que si bien es cierto que no puede dejarse a los administradores una libertad de actuar absoluta e ilimitada, porque ello puede dar lugar a la arbitrariedad y es aquí justamente que se coloca la legalidad, no es menos cierto que la aplicación rígida de la legalidad, es decir cuando todas las decisiones esten predeterminadas, aniquila el espíritu de iniciativa de los administradores que deben estar siempre en condiciones de tomar las decisiones adecuadas a las realidades sociales cambiantes que enfrenta cada día. Es necesario entonces un equilibrio, un justo medio entre ambas situaciones. Y en ese equilibrio se encuentran tanto el poder discrecional, que es el margen de libertad que las exigencias de la legalidad dejan a la administración, así como los regímenes de rogorios o regímenes de excepción de la legalidad que analizaremos en un artículo posterior.

¿Cuál es la aplicación práctica de la legalidad?

La administración pública actúa a través de actos administrativos, y los actos administrativos se componen de elementos tanto externos como son la forma (cada acto administrativo es tomado bajo una forma particular, por ejemplo los actos administrativos del Poder Ejecutivo son tomados en la forma de los decretos), la competencia (hay que tener en cuenta que las competencias públicas son limitativamente atribuidas por la Ley y muy especializadas) "La noción de competencia es la base de todo el derecho público"(9); y de elementos internos como son los motivos por los cuales se toma el acto; y por último el fin del acto, qué se propone la administración con determinado acto, cada uno de esos elementos puede infringir la legalidad de diversas maneras dando lugar a los diferentes casos de apertura o casos de anulación del recurso por exceso de poder.

Se impone entonces un control de la legalidad dirigido a anular el acto administrativo ilegal. Este control puede ser de dos formas:

1.- Control administrativo que es ejercido por la propia autoridad administrativa que puede ser ejercido de oficio por la administración y puede ser ejercido no solo por ilegalidad sino también por inoportunidad. Este control no está sujeto a las reglas de formas del control jurisdiccional, pero no tiene el efecto de las decisiones de justicia: la autoridad de la cosa juzgada; y

2.- El control jurisdiccional que es ejercido por un Juez en ocasión de un recurso contencioso por ilegalidad el Juez anula el acto,

descarta su aplicación y como señala el profesor Herrera Billini puede indicarle a la administración en que sentido debe dictar su acto (10). Además la decisión jurisdiccional está revestida de la autoridad relativa de la cosa juzgada.

Estas dos formas de control no se excluyen; por el contrario se complementan en nuestro ordenamiento jurídico tal como lo dispone la ley 1494 del 2 de agosto de 1947 (11) para poder ejercer los recursos contencioso-administrativos es necesario haber agotado los dos grados administrativos. (12)

Del artículo del Lic. Tejada se desprende que cada día son menos los recursos contencioso administrativos que llegan a nuestra Suprema Corte de Justicia como tribunal de casación y dos explicaciones son posibles: una todavía no hemos llegado los dominicanos al conocimiento cabal de cuáles son los deberes y derechos del ciudadano y cuáles son los mecanismos que tiene para hacer cesar la ilegalidad y por otra parte como señala el Lic. Ramón García, preferimos hacer uso del cabildeo ante una situación que vulnera la legalidad antes que hacer uso de las vías de recurso que están abiertas a todos. El "Leviathan" es poderoso y temible pero hay medios para controlarlo, y debemos hacer uso de ellos con más frecuencia y vigor para que no tengamos que lamentar los excesos de un poder que hemos sido tímidos en controlar.

NOTAS

- (1) Rivero Jean, Droit Administratif. Dalloz Col, Précis. Paris 1970 p. 77.
- (2) Auby J. M. et Drago Roland, Traité Du Contentieux Administratif. L.D.G.J. Paris 1975. No. 1144
- (3) De Laubadère André, Traité De Droit Administratif. LGDJ. Paris 1969.
- (4) Bis in Idem No. 422 p. 251.
- (5) Ibidem. p. 253
- (6) Hauriou citado por Rivero op cit. p. 77
- (7) De Laubadère, op. cit. No. 420 p. 250
- (8) Rivero op. cit. p. 77
- (9) De Laubadère (p. 556 No. 935).
- (10) Herrera Billini "Los recursos contra el ejercicio ilegal abusivo del Poder Administrativo "Estudios Jurídicos" V I. Tomo I p. 21.
- (11) Ley 1494 art. 2
- (12) Alvarado Rosina "Los recursos en el derecho administrativo" Revista Ciencias Jurídicas No. 2 Página 22.