

Andrés Morey Juan

PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE CVEJ-CEU SAN PABLO

LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y ORGANIZACIÓN, UNA CUESTIÓN LEGISLATIVA

SUMARIO

- 1 LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO.
- 2 LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y ORGANIZACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD: A) EL ELEMENTO BÁSICO O NUCLEAR DE LA RESERVA DE LEY EN LOS ASPECTOS DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y ORGANIZACIÓN. B) EL FACTOR ORGANIZATIVO RESERVADO A LA LEY. C) EL DERECHO SUBJETIVO Y SU INFLUENCIA GENERAL EN LA CUESTIÓN. D) LA INFLUENCIA EN EL MODELO DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.
- 3 CONCLUSIONES.

El objeto de este trabajo es evidenciar en que modo la actuación parlamentaria tiene relación en la cuestión de la distinción o separación entre derecho y organización y en los problemas que en este orden se pueden presentar, lo que afecta, en el fondo a las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, las cuales se manifiestan, como es lógico, en torno a la ley y, en especial, respecto de conceptos doctrinales tales como las potestades administrativas, la reserva de ley, la remisión normativa y la discrecionalidad.

Pero en el fondo de todas estas cuestiones se presenta la de la separación entre derecho y organización o la de sus relaciones; interesando, básicamente, las que se producen entre la ley y el reglamento o, lo que es lo mismo, determinar cuáles son las posibilidades de actuación de las Administraciones públicas en el campo de los derechos subjetivos de los ciudadanos o, en definitiva, si existe una vinculación positiva o negativa de la Administración ante la ley ¹.

Lo cierto es que estas cuestiones en el orden legislativo, lo normal, es que vengan prefiguradas en los proyectos de ley remitidos por los gobiernos a los parlamentos, por lo que la decisión de

¹ En torno a la construcción técnica del principio de legalidad y respecto de las doctrinas de la vinculación positiva o negativa de la Administración, puede verse: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Curso de Derecho Administrativo I*, págs. 424 a 430; Editorial Civitas, séptima edición, Madrid, 1996.

regular o no una cuestión, en cuanto se estime o no jurídica o, en su caso, materia reservada a la ley, lo es de los poderes ejecutivos y, con ellos, de la Administración pública correspondiente, en el momento de la confección de los borradores de la norma. Pero, también, es normal que en el seno del parlamento las discusiones del proyecto conlleven enmiendas que pueden afectar a la prefiguración realizada por el poder ejecutivo o que se realicen consideraciones en torno a estos factores que no hayan sido tenidos en cuenta, con lo que los planteamientos previos de los poderes ejecutivos pueden sufrir variaciones importantes.

1 LA RELACIÓN ENTRE LEY Y REGLAMENTO

Las relaciones entre la ley y el reglamento están presididas por la figura o concepto de la reserva de ley y, con ella, por el concepto de ley en sentido material. Precisamente, pues, la cuestión reside en varios de los conceptos más abstractos y de difícil delimitación, que configuran, a su vez, el concepto de lo jurídico.

No se trata en este trabajo de exponer todas las cuestiones relativas a estos conceptos, ni de analizarlos doctrinalmente, sino, simplemente, de relacionar la cuestión con la labor que los parlamentarios pueden realizar en estos ordenes y, sobre todo, de evidenciar que se trata de una cuestión o de un punto que permite que el poder legislativo pueda delimitar y, a su vez, controlar la actividad del ejecutivo, conforme a los principios que la Constitución y, en su caso, los estatutos de las Comunidades Autónomas les atribuyen. Al mismo tiempo, también, con su definición del contenido de la ley, los parlamentarios están estableciendo el marco en que se ha de desenvolver la doctrina legal que corresponde develar a la jurisprudencia, con lo que se cierra el círculo del control que los poderes legislativo y judicial pueden realizar sobre la actividad de los gobiernos y su administración.

Por todo ello, cabe recordar que la reserva de ley en su concepción material (es decir, considerada como el grupo de materias cuya regulación se reserva constitucionalmente a normas con el rango de ley) determina que, básicamente, se establezca el predominio del principio de legalidad en ordenes tales como el de los delitos y las penas, el tributario y, en general, el sistema de

libertades y derechos fundamentales.

Sobre esta base, el sistema de reserva de ley conecta con el concepto de ley en sentido material. Este concepto, atendiendo a la postura de Laband, determina que se conciba como ley toda disposición que contenga proposiciones jurídicas ². Se basa, pues, en un concepto abstracto que conduce a un análisis de lo que cabe o no considerar como jurídico y que, en este caso, se desarrolla en el ámbito del Derecho administrativo y del constitucional y, que en resumen, podemos decir que ha derivado en un principio según el cual la Administración o el Poder ejecutivo para actuar en la esfera de los derechos subjetivos de los ciudadanos deben resultar habilitados por la Ley a través del otorgamiento de potestades o de la apertura de dicho campo a la acción administrativa.

Es así como, junto con la esfera de las libertades y derechos fundamentales, es el concepto del derecho subjetivo el elemento básico para determinar si una concreta materia, o una de sus partes, constituye una reserva de ley o no.

De este modo, la reserva de ley es el límite al contenido o campo de regulación de los reglamentos y, también, de la distinción en su seno entre reglamentos ejecutivos o jurídicos y reglamentos administrativos u organizativos.

El diputado parlamentario, pues, tiene que manejar estos conceptos a la hora de determinar si en los proyectos de ley que le remite el gobierno se respetan estos límites o, en cambio, se remiten al reglamento materias que deben estar delimitadas por la ley y que, por tanto, constituyen competencia propia del parlamento o asamblea legislativa respectivos.

A los parlamentos corresponde, pues, velar porque no se produzcan deslegalizaciones, precisamente en orden a que no queden sin efecto las reservas de ley que establecen la norma constitu-

² Respecto de la postura de Laband puede verse:
SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, págs. 295 y sigs.; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
También MOREY JUAN, ANDRÉS: *Lecciones de Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 227 y sigs.; Editorial Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia.

cional o las estatutarias, pero también mediante la apreciación de aquellas cuestiones que no estando claramente determinadas como reservas de ley en dichas normas constituyan, en cambio, un campo relativo a la esfera de los derechos individuales o subjetivos de los ciudadanos en los que convenga establecer, previamente, con claridad los límites en los que se desenvuelva la concreción del reglamento o la acción administrativa propiamente dicha.

En este campo de los derechos subjetivos, pues, la ley debe señalar los principios que han de regir la actuación de las Administraciones públicas, o las conductas o actividades que pueden ser objeto de dicha actuación; de modo que, la labor del reglamento sea exclusivamente la de concretar dichas actuaciones o especificarlas, pero sin innovar la ley o ir más allá de las pautas que ella le marca.

Siendo el derecho sancionador y la tipificación de las faltas o infracciones una de las más claras reservas de ley, es también en él en donde se ha señalado una de las posibilidades de colaboración del reglamento en dicha tipificación; de modo que, la doctrina y la jurisprudencia han venido manteniendo la posibilidad de que aquél contribuya en la determinación de lo que constituyen faltas y en la concreción de las sanciones en aquellas materias que se desenvuelven en el ámbito de las denominadas relaciones de sujeción o supremacía especial³. Aun cuando en este punto lo que puede ocurrir es que, dicho ámbito de la supremacía o sujeción especial, sea concebido de modo excesivamente amplio; hasta el punto de que no se considere en él solamente, por ejemplo, a campos tales como los disciplinarios de funcionarios o presos, en los que se evidencian los aspectos organizativos, sino que se extienda, en ocasiones, a todas aquellas actividades que se hallan reglamentadas de modo especial por razones de orden o interés público, alcanzando así a comerciantes, constructores, industriales, etc. Ampliación que considero exagerada y que hace peligrar el sentido de la reserva de ley en materia de derecho sancionador.

En definitiva, en manos del legislador está el que el reglamento se desenvuelva en el campo que le es propio, de modo que, aun ordenando, no llegue a constituir una fuente de derecho propiamente dicha.

³ El alcance del principio de legalidad respecto de las relaciones de sujeción especial puede analizarse a través de la obra de ALEJANDRO NIETO: *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, en especial en el punto IV.2 del capítulo cuarto; págs. 194 y sigs.

Por ello, estimo que es conveniente que, a los efectos de considerar la competencia de los reglamentos, señalemos aquellas que consideramos como sus funciones más propias:

a) Concretar el derecho objetivo, abstractamente reconocido o creado en la ley, mediante la fijación de supuestos, casos o muestras de dicho derecho. Es decir, tipifica el derecho, concretándolo por razón de la experiencia de la Administración Pública y de su conocimiento técnico que le permite especificar, determinar o descubrir las manifestaciones concretas del derecho reconocido en la ley.

Ocasionalmente, no con carácter general, la concreción realizada por el reglamento puede suponer un acto que afecte directamente a derechos subjetivos de los particulares o terceros.

b) Establecer las condiciones o características técnicas de todo orden que determinadas actividades deben cumplir, igualmente, para la defensa y efectividad de derechos objetivos individualizables; pero, sobre todo, en defensa de los intereses colectivos que no gozan de la protección jurídica que implica la figura del derecho subjetivo o del interés legítimo.

La defensa de intereses colectivos es una de las funciones básicas encargada al reglamento a través de normas técnicas muy específicas y del establecimiento de actividades administrativas, fundamentalmente inspectoras y sancionadoras, que hacen efectivo el interés colectivo contenido en el reconocimiento de un derecho objetivo legalmente establecido. Basta pensar en los múltiples campos que son objeto de estos reglamentos: construcción, actividades industriales, medio ambiente, sanidad, consumo, alimentación, etc.

Este constituye uno de los aspectos finalistas básicos del reglamento.

c) Fija los procedimientos por los cuales los ciudadanos pueden hacer efectivos sus derechos y la Administración producir sus actos jurídicos y resolver sus diferencias con los administrados; regulando, así, el comportamiento de la Administración en orden al reconocimiento, efectividad y aseguramiento de los derechos reconocidos en las leyes.

d) Al establecer las condiciones o características técnicas, según lo descrito en el apartado b), la Administración fija obligaciones, que no son el producto de una relación jurídica, sino del deber, de los que realizan las consiguientes actividades, del cumplimiento normativo en aseguramiento de los derechos. El incumplimiento supone una infracción administrativa.

Frente a estas obligaciones pueden surgir derechos de los particulares que se resuelven, en caso de conflicto, por vía jurisdiccional ordinaria y que ante la Administración permiten la denuncia o reclamación que promueva la actividad administrativa inspectora o sancionadora.

e) En el mismo orden el reglamento puede concretar el abanico y graduación de las sanciones autorizadas por una Ley.

f) Concretar plazos, términos, requisitos, etc.

g) Distribuir y atribuir las competencias de los órganos administrativos.

h) En general, regular la actividad no jurídica de la Administración Pública ⁴.

Sobre estas bases, pues, cabe que el legislador analice si las leyes propuestas, y que tiene que aprobar, cuando remiten al reglamento determinadas regulaciones, lo hacen dentro de los límites de la reserva de ley y de la competencia de aquél.

Pero las cuestiones que afectan a esta relación entre la ley y el reglamento ponen de relieve otra distinción o relación que es la que existe entre el derecho y la organización y que en el seno de la administración pública se manifiesta con mayor transcendencia, ya que a su vez tiene que ver con los límites a la actividad discrecional de las Administraciones públicas y que abordamos, en sus líneas generales, en el punto siguiente.

⁴ Estas funciones del reglamento ya las he expuesto en Op. citada, pág. 264 y en mi trabajo «Algunas repercusiones de la distinción entre derecho y organización en la Administración pública actual y en el derecho administrativo», en la *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 16; págs. 113 y sigs.

No obstante, aquí, no hemos querido analizar todo el campo de la reserva de ley, sino que el enfoque lo ha sido atendiendo a la influencia en la esfera de los derechos de los ciudadanos, ya que no hay que olvidar la existencia de otras reservas de ley que tiene su origen en factores organizativos y, también, en el equilibrio entre los distintos poderes públicos; tal como ocurre en todas las reservas de ley que tienen su origen en la materia económica o de autorización del gasto público y que también son objeto de consideración por el legislador.

2 LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y ORGANIZACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD

En este punto no se pretende analizar la cuestión de la distinción entre derecho y organización desde los esquemas jurídicos de Derecho administrativo, sino principalmente de destacar las repercusiones que la distinción tiene respecto del principio de legalidad, en la organización de las Administraciones públicas y en su control; así como su transcendencia desde el punto de vista de la economía en el gasto público, sin olvidar sus repercusiones en orden a la posibilidad o no de privatización de determinadas actividades de las desarrolladas por dichas Administraciones.

Hay que tener en cuenta que el considerar que una materia o una actividad concreta de las desarrolladas por las Administraciones públicas forma parte de su capacidad de organización (potestad organizatoria para la doctrina), conlleva, en la mayor parte de las ocasiones, el considerar que nos hallamos en el seno de la actividad discrecional de aquéllas y ello determina que, desde el punto de vista del control de legalidad que corresponde a los Tribunales de Justicia, dicha actividad quede fuera de dicho control; hasta el punto es así que, si no desde el punto de vista doctrinal, sí desde la práctica, discrecionalidad y arbitrariedad se han venido equiparando. Discrecionalidad, organización y política quedan como conceptos íntimamente ligados.

Pero sabido es también que el avance del Derecho administrativo se ha producido sobre la base del cada día mayor control sobre aquellas actividades que en el tiempo han venido siendo consideradas como organización o como actividad política, también sobre el fundamento de la consideración estrecha de la teoría de la separación de poderes. Hasta el punto de que en el

momento actual en la doctrina administrativista se ha extendido la polémica entre el necesario control de legalidad de toda actividad administrativa pública o, por el contrario, la también necesidad de establecer un marco que delimite la posibilidad de excluir a los actos de gobierno del control judicial; evitando con ello la excesiva judicialización de la vida pública ⁵

Es indudable que decisiones de este tipo corresponde adoptarlas al poder legislativo y que para ello debe considerarse la conveniencia de un equilibrio entre las necesidades de control de la actividad de las Administraciones públicas, incluida la de los denominados actos políticos y de gobierno, y la de evitar que mediante decisiones adoptadas por normas de rango de ley se someta a las Administraciones públicas a modelos rígidos o excesivamente detallados de organización que las conduzcan a la ineficacia o eviten la necesaria flexibilidad que requiere la actividad administrativa para adaptarse a los problemas de cada momento, sin tener que acudir a un proceso legislativo lento y de controversia política que evite que se adopten las decisiones con la prontitud o celeridad que dicha eficacia exige; todo ello sin perjuicio de que la actividad sea controlable desde el punto de vista jurídico.

En este punto al legislador corresponde no sólo determinar qué partes de la organización quedan reservadas a la regulación por norma con rango de ley, ya que es indudable que hasta la Constitución se ocupa de regular aspectos de la organización, sino que le corresponde descubrir y fijar los principios básicos que debe presidir la organización pública; de modo que, sean ellos los que eviten que discrecionalidad y arbitrariedad se confundan y hagan que sea posible el control judicial de la actividad discrecional y permitiendo, también, la crítica y control parlamentario, cuando dicha actividad se separe de los principios legales establecidos.

Piénsese, por ejemplo, en el peso específico que dos principios constitucionales tales como el de igualdad y el de mérito y capacidad tienen en orden a la organización administrativa pública y el control que a través de ellos se puede realizar de determinadas actuaciones consideradas como discrecionales o técnicas.

⁵ Al respecto es interesante conocer la polémica surgida entre los autores TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y LUCIANO PAREJO, partiendo del trabajo del primero «Juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor» de la *Revista de Derecho Administrativo*, octubre-diciembre, 1992, y de la obra del segundo *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993. En torno a esta polémica también el artículo de MANUEL ATIENZA, titulado «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa, comentarios a una polémica», en la *Revista de Derecho Administrativo*, enero-marzo, 1995.

Así en el campo de la función pública y en su concepto ligado al ejercicio de autoridad y, en concreto, en la producción de las resoluciones o actos administrativos en su consideración jurídica, por ejemplo, para mí, es evidente que la libre designación como sistema de provisión de puestos de trabajo, en aquellos que condicionan o determinan el sentido jurídico de dichos actos o resoluciones, constituye un elemento de inconstitucionalidad pues puede, y de hecho lo hace, contrariar la imparcialidad y neutralidad que la Constitución atribuye a los funcionarios públicos. En cambio, es evidente que, pese a las críticas parlamentarias y de todo orden que en actuaciones de este tipo se presentan, el sistema persiste una ley tras otra de las reguladoras de la función pública, sin que el legislador aplique el principio que permite controlar judicialmente la hasta ahora considerada actividad discrecional; aun cuando ciertamente los tribunales de justicia también pudieran controlar la actividad con aplicación directa del principio o norma constitucional.

Es evidente que si el poder legislativo refuerza el principio constitucional, nunca los poderes ejecutivos podrán hacer referencia a una judicialización de la actividad política y administrativa.

Por último, hay que recordar la idea ya expuesta de la reserva de ley existente por razón del gasto público, cuestión que queda remitida a la necesaria autorización por parte del parlamento, fundamentalmente a través de la aprobación de los presupuestos de las Administraciones públicas; pero que constituye un factor importante, que puede ser uno de los aspectos en que en el futuro se pueda llegar a un mayor control de la organización administrativa y en su estructuración; ya que el factor de racionalidad en la organización, en la medida en que los principios de la Ciencia de la Administración se consoliden, constituye también un factor de eficacia y de economía, exigible a las Administraciones públicas y que tiene su base, incluso, en una declaración del artículo 103 de la Constitución y, como consecuencia, forma parte del derecho aplicable a la organización, ya que, al repercutir en el volumen del gasto público, afecta también a la carga impositiva que soportan los ciudadanos, aun cuando no se pueda considerar un derecho subjetivo.

Por ello, son las Asambleas legislativas las primeras obligadas a velar por el cumplimiento de dichos principios y, en su caso, a fijarlos como principios legales que condicionen la potestad discrecional.

Sobre estas bases, pues, debe construirse la separación entre derecho y organización y el establecimiento de los límites a la actividad discrecional de las Administraciones públicas, que como vemos constituye una tarea legislativa.

Sin embargo, trataremos de delimitar algunas cuestiones que plantea la separación entre derecho y organización para una mayor concreción de su complejidad. Todo ello, sin ánimo de establecerlas todas, pues es evidente que ello en este momento es prácticamente inabarcable o, por lo menos, de difícilísima sistematización; de modo que, lo que se pretende es suscitar la cuestión poniéndola en evidencia y provocando la consideración de su importancia.

A) EL ELEMENTO BÁSICO O NUCLEAR DE LA RESERVA DE LEY EN LOS ASPECTOS DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO ORGANIZACIÓN

Quizá en este sentido, el fundamento principal sobre el que debe basarse el legislador es la concepción del Derecho administrativo como la garantía de los ciudadanos frente a la actividad de las Administraciones públicas, que se corresponde, pues, con la necesidad de limitarla o de habilitarlas, en el sentido de determinar cuál es el campo en el que se pueden ejercer las potestades públicas y el procedimiento para hacerlo.

Toda cuestión que tenga que ver con este elemento básico debe ser definida por norma con rango de ley y los reglamentos que en este orden se dicten, en la ejecución de la ley, son los de carácter jurídico que se someten a requisitos formales de mayor garantía que los meramente organizativos; así, por ejemplo, consultas y audiencias a los grupos de intereses colectivos que puedan verse afectados por ellos o necesidad de dictámenes o consultas a órganos jurídicos o consultivos.

Sin embargo, en orden a este otorgamiento de potestades administrativas y del procedimiento se nos manifiestan dos aspectos básicos de la consideración jurídica de la organización.

Respecto de las primeras, porque con su otorgamiento se permite a la Administración una actividad en el campo social o una intervención en la actividad privada de los ciudadanos, ante la

existencia de intereses públicos que hacen precisa la dotación de poder a las Administraciones públicas en defensa de dichos intereses que se imponen a los individuales.

Respecto del segundo, porque es preciso que esta intervención siga unas formas que garanticen el ajuste a derecho de la actuación interventora y la necesaria participación de los interesados o afectados por la actividad administrativa.

Es, por lo tanto, una reserva de ley la distribución competencial, que constituye el otorgamiento de potestades a la Administración; es decir, la habilitación legal, para realizar proposiciones jurídicas que afectan a terceros. No importa, ya, a la norma habilitante, la distribución interna de las competencias realice la norma orgánica. En definitiva, el factor jurídico de la competencia radica en el poder de realizar actos jurídicos y éste no nace de la norma de distribución u organizativa sino, con carácter de potestad, de la norma habilitante. El factor de poder nace de la ley, la distribución aparece como una cuestión organizativa. Sólo después de efectuada la distribución orgánica de la competencia surge no tanto el carácter jurídico de la norma de organización sino sus efectos jurídicos.

B) EL FACTOR ORGANIZATIVO RESERVADO A LA LEY

Es indudable que las normas jurídicas, desde la Constitución hasta el reglamento, contienen decisiones organizativas y establecen la organización. También es indudable que la primera se ocupa fundamentalmente de la organización que implica una distribución del poder del Estado, conformando, en definitiva su estructura territorial y básica y señalando los ámbitos competenciales fundamentales de dicha estructura.

Si hay que señalar cuál es el elemento básico que determina que una cuestión organizativa que de reservada a la ley, se debe partir, según mi opinión, de la consideración del factor organizativo que determine o suponga el ejercicio de poder, entendido como potestades administrativas o autoridad.

Por ello, a la norma con rango de ley correspondería la atribución, en el orden organizativo, de las competencias que implican dicho ejercicio, que se traduce en la adopción de las decisio-

nes políticas y normativas más importantes y de las resoluciones administrativas que afecten a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos.

En definitiva, a la ley corresponde la delimitación de la competencia administrativa básica que se traduce en actos poder y, por ello, a ella corresponde la atribución de la voluntad decisoria o la fijación del procedimiento para la formación de la voluntad de los órganos administrativos. Y también, por ello, es la ley la que crea las personas jurídicas o configura los órganos que gozan de autonomía en el seno de la organización pública.

Y en este sentido, es la ley la que debe garantizar que la propuesta técnica jurídica sea imparcial y que la decisión de poder, tenga fundamento jurídico o motivación, delimitando los órganos administrativos a los que corresponde dicha propuesta y salvando su carácter técnico y profesional y es también la ley la que debe determinar la necesidad de informes técnicos concretos que, igualmente, fundamenten dicha decisión. En este punto, como relacionadas con el ejercicio de poder, deben considerarse las funciones inspectoras, así como todas aquellas que por certificación de hechos dan fe de los mismos y deben gozar de la presunción de veracidad o certeza.

En conclusión, es la ley la que determina qué órganos ejercen autoridad o funciones públicas y cuando éstas pueden ser ejercidas por otros agentes que no tengan la condición de funcionarios públicos o, incluso, por las corporaciones públicas, señalando así formas de participación social en dicho ejercicio. Lo que ocurre es que el legislador no necesariamente realiza o puede realizar esta atribución de poder a través de distintas leyes de distribución de competencia, sino de forma abstracta o general en las leyes que regulan la organización de los poderes ejecutivos; pero cuando ante el legislador se presenta una ley con distribución de competencias entre órganos administrativos es el poder y su atribución lo que debe considerarse como propio del contenido de la ley; de modo que, las atribuciones o la mera gestión quede reservada como cuestión propia del reglamento.

La ley, pues, determina la separación entre gestión y poder y, en el seno de esta distinción, separa el servicio público de la función pública, entendiendo al primero como una actividad

prestacional y de utilidad física para los particulares, que puede ser objeto de gestión privada al no suponer el ejercicio de autoridad. Con lo que queda así abierta la idea de lo privatizable y de lo que no lo es. Pero también, es la ley la que dentro de los límites constitucionales, puede determinar los casos en que es posible el ejercicio de funciones públicas por quienes no revistan la condición profesional de funcionarios públicos, tal como antes hemos dicho.

Es la ley, finalmente, la que debe señalar los procedimientos que, en virtud del principio de economía en el gasto público, determinen la racionalidad en las decisiones de tipo estructural y organizativo, estableciendo el sistema de controles correspondientes, tanto administrativos como parlamentarios.

C) EL DERECHO SUBJETIVO Y SU INFLUENCIA GENERAL EN LA CUESTIÓN

Al hacer referencia al concepto material de ley se destacaba que el sentido de la expresión «proposiciones jurídicas» había acabado siendo referido a las actuaciones que causaban efectos en el campo de los derechos subjetivos de los ciudadanos; de modo que cualquier actuación que a ellos afectare debía ser habilitada o autorizada mediante norma con rango de ley.

Es lógico, pues, que en el momento de decidir si alguna cuestión debe ser objeto de regulación por la ley o puede serlo por el reglamento, la afectación o no de la actuación concreta de que se trate a la esfera de los derechos subjetivos de las personas sea el elemento guía de la decisión del legislador.

Así, por tanto, en esta decisión el legislador calibra el interés público que determina que los derechos subjetivos de ciertos ciudadanos puedan quedar limitados o condicionados o, por contra, la necesidad de que sea la organización pública la que haga efectivos derechos subjetivos que de otro modo, solamente a través de la sociedad privada, no se harían efectivos.

Y a la hora de determinar las limitaciones, también corresponde a la ley el valorar si dicha limitación supone un sacrificio en beneficio de la colectividad que no debe soportar el individuo y que como consecuencia tiene el carácter de indemnizable; remitiendo a la Administración el procedimiento para la determinación de la indemnización correspondiente y su concesión, sin perjuicio de establecer los principios generales por los que dicho procedimiento debe regirse.

También los derechos subjetivos reconocidos constituyen un límite a la acción de la Administración, en el sentido de que exigen garantías en evitación de que la Administración arbitrariamente pueda revocarlos; de modo que, la existencia, o su posibilidad, de dichos derechos subjetivos constituye una guía para determinar que actos de la Administración pueden ser libremente revocables formando parte de la esfera de la potestad discrecional o, por el contrario, deben estar sujetos a procedimientos concretos que garanticen que el sacrificio del derecho subjetivo lo sea por las razones legalmente previstas. En definitiva, de estas valoraciones depende también que las leyes reconozcan situaciones jurídicamente consolidadas, establezcan irretroactividades o fijen regímenes transitorios.

Y en este punto es en el que surge la necesidad de que el legislador examine o considere la existencia de los denominados derechos adquiridos como una especie de los derechos subjetivos frente a la organización administrativa o frente a la denominada potestad discrecional de la Administración, distinguiéndolos de las meras expectativas, con las que muchas veces se confunden; de modo que todo derecho adquirido por razón de la organización administrativa no pueda ser libremente revocado por la misma razón, considerándolo como situación indemnizable y estableciendo con ello límites de racionalidad a la actuación discrecional de la Administración.

De estas cuestiones depende, pues, que la Administración en sus actuaciones tenga como causa de sus decisiones razones de legalidad o pueda, en cambio, fundarse en las de oportunidad.

Al filo de los derechos subjetivos corresponde al legislador el establecer las distintas clases de situaciones jurídicas protegibles, distinguiendo los derechos subjetivos propiamente dichos, los intereses legítimos y las situaciones meramente reaccionales. Escala que hay que determinar atendiendo a la mayor o menor proximidad a un derecho subjetivo o, de otro lado, a la mayor o menor exigencia de protección de un interés público; de modo que, los intereses legítimos son situaciones protegibles en la medida que con ellas se defiende el ordenamiento jurídico más que la situación individualizada y las situaciones meramente reaccionales se acercan a la acción popular en defensa de claros intereses públicos o derechos colectivos generales ⁶. En definitiva, al legislador corresponde determinar los denominados derechos subjetivos reaccionales y su in-

tensidad o generalización, en orden a la protección del ordenamiento jurídico correspondiente y al ejercicio correcto de la actividad de la Administración.

D) LA INFLUENCIA EN EL MODELO DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El dilema, pues, que se presenta ante el legislador, es el decidir en cada caso si la norma a promulgar debe descender o no al detalle y, sobre todo, en los aspectos organizativos hasta dónde conviene descender o precisar. Y en esta elección, en principio, debe considerarse como más adecuada la regulación de los principios básicos o generales que condicionen a la actuación administrativa, sobre todo cuando no existan factores de experiencia que hagan preferible una organización sobre otra.

Por ello, en el momento de la enmienda de proyectos legislativos, en materia organizativa, debe evitarse la desconexión con el poder ejecutivo o con la Administración, conociendo las razones por las que se pretende una forma de organización y no otra y si ello obedece a razones prácticas o de funcionamiento, pues un diseño organizativo inadecuado puede conducir a la ineficacia de una medida o de un fin público o de una política determinada.

Pero sobre todo debe pensarse que el control final de la legalidad de la actividad administrativa, de su ajuste a lo dispuesto en la ley, lo realizan los tribunales de justicia y, que aun cuando en él pueden considerar los factores de constitucionalidad de dicha actividad o plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante los preceptos de una ley, la norma es que también se hallan limitados por lo dispuesto en las leyes o por la doctrina legal que se obtiene del conjunto del ordenamiento jurídico; de modo que ante el error en la ley que afecte a la organización, los tribunales van a aplicar aquella y el error queda consolidado como derecho.

Es decir, en la consideración de la forma de legislar, de la mayor o menor regulación de los factores organizativos, cabe también considerar que, con ello, se está condicionando la forma de control jurisdiccional de la actividad administrativa, conduciendo a los jueces a la mera aplicación de preceptuado o, en su caso, a la consideración de la actuación concreta de la Administración a la luz de unos principios generales y abstractos.

⁶ Al efecto puede verse mi trabajo antes citado, en su punto 3.5, págs. 127 a 130.

En este punto, hay que considerar que si la ley se ocupa más de establecer los principios generales por los que debe regirse la organización administrativa, condiciona con ellos el contenido de los reglamentos en dicha materia y evita que la organización se juridifique en exceso; ya que como el reglamento es un punto de encuentro entre lo organizativo y lo jurídico, al juridificarse la organización, los tribunales aplicando el reglamento consolidan los factores irracionales que él en ocasiones introduce y se produce la sensación de que hay una interferencia en asuntos que son «gobierno» y no derecho. Situación que se agrava cuando para juzgar el reglamento no se parte de su ajuste a los principios generales del derecho, sino a la literalidad de los preceptos legales, con lo que las resoluciones jurisprudenciales dejan unas veces insatisfecha a la Administración pública, dejando mermadas o inútiles las reformas intentadas, y otras a los particulares al no superar lo organizativo descubriendo los factores o principios jurídicos que lo invalidan.

3 CONCLUSIONES

De lo antedicho es evidente la dificultad de sistematización de la cuestión, tal como avanzamos, pero también la dificultad de realizar una abstracción que permita subsumirla en una conclusión general.

No obstante, cabe concluir que de la función legislativa y actividad parlamentaria depende en buena parte la delimitación de lo que constituye derecho y lo que es mera organización o lo que es lo mismo la delimitación de la actividad reglada y la discrecional de las Administraciones públicas y que dicha delimitación puede realizarse básicamente mediante las siguientes medidas:

- a) El establecimiento de los principios generales que rigen la organización administrativa en orden a las garantías de los ciudadanos y sus derechos subjetivos y a la racionalidad, celeridad, eficacia y economía de la acción administrativa y del gasto público.
- b) La fijación, también, de los principios que deben regir cada actividad administrativa, de modo que la remisión al reglamento no determine la deslegalización de cuestiones básicas o reservas de ley y, de modo, también, que el reglamento se vea delimitado por ellos, concretándose a regular cuestiones organizativas o indiferentes jurídicos dependientes de factores experienciales, o de oportunidad, o meramente condicionados por los principios de organización antes señalados, o, todo lo más, a interpretar o concretar los conceptos abstractos o en blanco que el legislador utilice.
- c) La determinación de las competencias, en su sentido jurídico, como capacidad de actuación hacia el exterior de la organización administrativa, de afectación a los derechos subjetivos de los ciudadanos.
- d) La regulación de procedimientos en los que queden fijadas las garantías jurídicas en favor de los particulares y sus derechos o los principios generales por los que se rigen.
- e) Los medios de defensa de los intereses generales mediante la legitimación activa de los ciudadanos y la definición consecuente de los intereses legítimos y de los colectivos.