

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I.	Una definición provisional	117
II.	“Ley” y “poderes públicos”	118
III.	Conformidad a la ley	120
IV.	Un sólo nombre para tres principios	123
V.	La sujeción a la ley de los poderes públicos	123
VI.	Condiciones de eficacia del principio de sujeción a la ley	125
VII.	El llamado principio de legalidad sustancial	127

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD*

I. UNA DEFINICIÓN PROVISIONAL

En general, “legalidad” significa conformidad a la ley. Se llama “principio de legalidad” aquel en virtud del cual “los poderes públicos están sujetos a la ley”, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la ley.

Se entiende que esta regla se refiere especialmente —aunque no de forma exclusiva— a los actos del Estado que pueden incidir sobre los derechos subjetivos (de libertad, de propiedad, etcétera) de los ciudadanos, limitándolos o extinguiéndolos.¹ En cuanto tal, el principio de legalidad tiene una evidente función garantista.²

Sin embargo, esta definición exige algunas aclaraciones, ya que todas las expresiones que involucra (“conformidad”, “ley”, “poderes públicos”) requieren ser analizadas.

* Traducción de Miguel Carbonell, con la colaboración de Karla Pérez Portilla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

1 Giannini, *Diritto amministrativo*, Milán, 1970, I, p. 82.

2 Al respecto, Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989 (trad. al castellano, Madrid, Trotta, 1995); Guastini, “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’interpretazione”, en Comanducci y Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analítica*, Turín, 1990, pp. 99 y ss. Sobre la noción de garantismo, *cfr.* también Tarello, “Due volti del garantismo: difesa della libertà e conservazione degli assetti economici” (ensayo inédito de Tarello, editado por Comanducci y Guastini), en Castignone (ed.), *L’opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, 1989, pp. 345 y ss.; Cattaneo, “Garantismo”, en Zaccharia (ed.), *Lessico della politica*, Roma, 1987, pp. 260 y ss.

II. “LEY” Y “PODERES PÚBLICOS”

En el presente contexto, el término “ley” puede ser entendido por lo menos en dos sentidos diversos.³ Por otra parte, en este mismo contexto, el significado de la expresión “poderes públicos” es una variable dependiente del significado que se atribuye al término “ley”.

1. Por un lado, se puede entender el término “ley” en el sentido técnico de “ley formal” ordinaria, o sea como acto del órgano —por lo general representativo— que es titular de la función legislativa.

Así entendido, el principio de legalidad es un corolario de la doctrina política que ve en la ley (formal) la expresión de la “voluntad general”, y que ve en los órganos representativos, a los cuales les es atribuida la función legislativa, a los titulares, o al menos a los depositarios, de la “soberanía”.

Así entendido, el principio de legalidad vale para el Poder Judicial y —aquel para el que cuenta más— para el Poder Ejecutivo, pero no puede obviamente valer para el Poder Legislativo, el cual no encuentra límites que sortear (o, al menos, no los encuentra en la ley positiva).

2. Por otro lado, se puede entender el término “ley” en el sentido completamente genérico de “ley material”; por tanto, en el sentido de norma o conjunto de normas jurídicas (cualquiera que sea la fuente de la que provengan). En este sentido, la ley no es una cosa distinta al “derecho objetivo”.

Así entendido, el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, que a pesar de no estar sujeto a la ley formal, puede sin embargo estar sujeto a normas de derechos, y precisamente a normas de rango constitucional, a condición —se entiende— de que la Constitución sea rígida.

³ Cfr. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931 (reimp. 1984); Kelsen, “Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale” (1913), *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, trad. de Carrino, Nápoles, 1988, pp. 221 y ss.; Zagrebelsky, *Manuale de diritto costituzionale*, I: *Il sistema delle fonti del diritto*, Turín, 1991, pp. 8 y ss.; Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, VIII.

3. Así entendido, el principio de legalidad es un corolario de la doctrina política que ve no en la ley, sino más bien en la Constitución (y por tanto no en el Poder Legislativo, sino más bien en el poder constituyente) la expresión de la “soberanía”. De modo que el Poder Legislativo, lejos de ser ilimitado, encuentra también —como cualquier otro poder— sus límites, y precisamente sus límites constitucionales. Siempre que —conviene repetirlo— la Constitución sea rígida; ya que una Constitución flexible puede ser libremente derogada, modificada, suspendida o abrogada por el legislador, y por tanto no puede valer como límite a la legislación.

Podemos también decirlo de esta forma: allí donde el principio de legalidad valga en relación a los Poderes Ejecutivo y Judicial, estaremos frente a un Estado de derecho (sin ulteriores especificaciones); allí donde el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, estamos frente a un Estado constitucional de derecho.⁴

No obstante, tradicionalmente, el principio de legalidad se refiere no a los poderes públicos en general, sino específicamente al Poder Ejecutivo. Esta perspectiva acepta un punto de vista, según el cual el problema de la garantía de los derechos frente al Legislativo y al Judicial simplemente no existe. El problema no existe en relación al Legislativo sobre el presupuesto de que los derechos subjetivos nacen precisamente de la ley (entendida como acto del órgano representativo), de forma que no pueden existir derechos garantizables “contra” la ley misma.⁵ Y, por otro lado, el problema tampoco existe frente al Poder Judicial sobre el presupuesto de que la función jurisdiccional consiste simplemente en la aplicación de la ley, sin márgenes de discrecionalidad (el Poder Judicial como “poder nulo”, los jueces como “boca de la ley”, según la enseñanza de Montesquieu).⁶

4 Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, cit., nota 2, capítulo XIII; Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritto giustizia*, Turín, 1992, II (trad. al castellano de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995); Guastini, *Quindici lezioni di diritto costituzionale* 2, Turín, 1992, III.

5 Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., nota 4, II.

6 Guastini, “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’interpretazione”, cit., nota 2; *Id.*, *Dalle fonti alle norme* 2, Turín, 1992, capítulos VII, IX y XVI.

Este punto de vista está hoy en día desacreditado. En la cultura jurídica contemporánea se han afirmado, por un lado, la teoría según la cual los derechos de los ciudadanos tienen su origen no en la ley, sino en la Constitución, de forma que existe el problema de garantizar los derechos conferidos por la Constitución también frente al legislador (de aquí la rigidez de las Constituciones contemporáneas y los controles de legitimidad constitucional de las leyes); por otro lado, la teoría según la cual la función jurisdiccional no es reducible a la “mecánica” aplicación de la ley, sino que implica por el contrario amplios márgenes de discrecionalidad, cuando menos de discrecionalidad interpretativa.

III. CONFORMIDAD A LA LEY

El término “conformidad” denota no una propiedad sino una relación: precisamente una relación entre un acto y la norma o el conjunto de normas que lo regulan. “Conformidad” es, por tanto, un predicado que concierne a todo acto que esté regulado por normas. El acto en cuestión, naturalmente, puede ser un acto singular y concreto (una “medida”, en sentido amplio) o bien un acto que sea normativo (por ejemplo, un reglamento).

En este contexto, sin embargo, el término “conformidad” puede asumir tres diversas clases de significados:

1. En sentido debilísimo, es “conforme” a la ley todo acto que sea compatible con la ley. Aquí, en suma, “conformidad” significa compatibilidad. “Compatibilidad”, a su vez, significa ausencia de contradicciones (o de antinomias).

A este respecto, conviene hacer dos observaciones. En primer lugar, un acto puede ser compatible a pesar de no estar expresamente previsto y autorizado por la ley. En segundo lugar, ningún problema de incompatibilidad puede siquiera plantarse si incide sobre un objeto que la ley de hecho no regula.⁷

⁷ Así, por ejemplo, si se conviene que la Constitución es un sistema de normas “finito”, y en tal sentido “incompleto”, será necesariamente compatible con la Constitución (y por tanto constitucionalmente legítima) cualquier ley que regule una materia que no haya sido regulada por la Constitución; sobre esto, Pizzorusso, “L’interpretazione della costituzione e l’attuazione di essa attraverso la prassi”, *RTDP*, 1989, p. 3.

2. En sentido débil, es “conforme” a la ley todo acto que esté expresamente autorizado por la ley. Aquí, entonces, “conforme” significa autorizado: positivamente fundado en la ley.

Se puede convenir que todo acto autorizado por la legislación debe además ser compatible con la ley: que, en otras palabras, al autorizar un acto, la ley (implícitamente) exige que tal acto sea compatible con la ley misma.

3. En sentido fuerte, es “conforme” a la ley todo acto que tenga la forma y el contenido predeterminados por la ley. A este propósito podemos hablar de conformidad en sentido estricto. Naturalmente, un acto en el que la ley predetermine la forma y/o el contenido es, por eso mismo, un acto autorizado por la ley.

La ley, obviamente, puede regular un acto bien en su aspecto “formal” (en el doble sentido de exterior o de procedimental), bien en su aspecto “sustancial” o “material” (en el sentido de referente al objeto o al contenido). Podemos por tanto distinguir entre una conformidad “formal” y una conformidad “material”. La noción de “conformidad” requiere, sin embargo, algunas aclaraciones.

La conformidad material, entendida en sentido estricto, debe ser cuidadosamente distinguida de la mera compatibilidad: se trata de dos nociones lógicas del todo distintas. Si “compatibilidad” significa ausencia de contradicciones, “conformidad” significa más bien deducibilidad; por tanto, es conforme a la ley todo acto cuyo contenido sea (no sólo compatible con la ley, sino) lógicamente deducible de ella.⁸

Por otra parte, un acto puede ser deducido de una norma de acuerdo con (por lo menos) dos distintos modelos argumentativos. Si la norma en cuestión prescribe que en presencia de un determinado supuesto de hecho (abstracto) se produzca una no menos determinada consecuencia jurídica, el razonamiento asume la forma del silogismo judicial: “Todos los ladrones deben ser castigados. Tizio es un ladrón. Por tanto Tizio debe ser castigado”. Si, por el contrario, la norma en cuestión prescribe un fin (es una norma te-

⁸ Eisenmann, “Le droit administratif et le principe de légalité”, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 11, 1957, pp. 25 y ss.

leológica), el razonamiento asume la forma del silogismo práctico: “Se debe perseguir el fin F. M es un medio para F. Por tanto se debe hacer M”. En un caso, la premisa menor está constituida por una afirmación que describe el supuesto de hecho (concreto); en el otro, la premisa menor es una afirmación que describe la relación medios-fines. Obviamente, siempre que existan diversos medios empleables para llegar a un fin, de una misma norma teleológica se pueden deducir diversos procedimientos aplicativos: es lo que se suele llamar “discrecionalidad”.⁹

En otras palabras, la ley puede regular el contenido de un acto por lo menos en dos modos diversos o, si se quiere, con dos distintos grados de intensidad: por un lado, puede “limitarlo” (en negativo), circunscribirlo en determinados confines; por otro lado, puede “vincularlo” (en positivo), dirigirlo por una calle con una sola salida, y por tanto predeterminarlo enteramente.

En un caso, el acto autorizado por la ley puede asumir diversos contenidos: muchos son los posibles actos conformes a la ley. De tal forma que el órgano, titular del poder conferido por la ley, tiene un margen, más o menos amplio, de elección. En otras palabras, el poder conferido por la ley es un poder discrecional.

En el otro caso, el acto autorizado por la ley no puede más que asumir el contenido predeterminado por la ley, y ningún otro; no hay más que un sólo acto conforme a la ley. De tal forma que el órgano, titular del poder conferido por la ley, no tiene ningún margen de elección. En este caso, el poder conferido por la ley no es un poder discrecional, sino enteramente vinculado. El legislador suele regular del primer modo los poderes de la administración pública, y del segundo los poderes de los órganos jurisdiccionales. En un caso, el legislador confiere “discrecionalidad administrativa”; en el otro, no confiere ninguna discrecionalidad (mas que aquella que es intrínseca a toda actividad aplicativa del derecho, en cuanto la aplicación presupone la interpretación). Pero es importante subrayar que el “grado” de conformidad a la ley requerido por un acto depende no ya del

9 Giannini, *op.cit.*, nota 1, pp. 477 y ss.

principio de legalidad, sino del contenido de la ley que regula el acto en cuestión.

IV. UN SÓLO NOMBRE PARA TRES PRINCIPIOS

En el lenguaje común de la doctrina (italiana) contemporánea, la expresión “principio de legalidad” es normalmente utilizada para hacer referencia a por lo menos tres reglas distintas, pragmáticamente conexas, pero lógicamente no conectadas.¹⁰ En realidad, cada una de tales reglas es susceptible de formulaciones diversas: la que sigue es sólo una de las posibles formulaciones.

1. “Es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley”. En este sentido, se habla de “principio de preferencia de la ley”, o también de supraordenación jerárquica de la ley respecto a los actos del Poder Ejecutivo y jurisdiccional.

2. “Es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley”. En este punto, se habla de “principio de legalidad en sentido formal”.

3. “Es inválida (constitucionalmente ilegítima) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente”. En este punto, se habla de “principio de legalidad en sentido sustancial”.

V. LA SUJECIÓN A LA LEY DE LOS PODERES PÚBLICOS

Las primeras dos reglas, de las enunciadas en el párrafo anterior, se refieren a las condiciones de validez de los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial. Cada una de ellas constituye un componente —o, quizá, una posible interpretación— del principio de legalidad entendido en sentido estricto, o bien del principio de “sujeción a la ley” de todos los poderes públicos.

¹⁰ Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 133 y ss.; Fois, “Legalità (principio di)”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1973, XXIII, p. 666; Carlassare, “Regolamento (diritto costituzionale)”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1988, XXXIX, pp. 621 y 622; *Id.*, “Legalità (principio di)”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, XVIII, p. 2; Zagrebelsky, *Manuale di diritto...*, *cit.*, nota 3, pp. 49-54.

En virtud de la primera (“es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley”), los poderes públicos no pueden realizar algún acto que sea incompatible con la ley —y por ello mismo (al menos implícitamente) que esté prohibido por la ley— pero los poderes públicos, como sucede con los particulares, pueden realizar todo acto que la ley no prohíba.

En virtud de la segunda (“es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley”), los poderes públicos no pueden realizar algún acto que no esté positivamente fundado en la ley. Para decirlo de forma sucinta: mientras que para la conducta de los particulares vale el “principio general de libertad”¹¹ (llamado también “norma general exclusiva”),¹² es decir, aquella norma de clausura según la cual “todo lo que no está expresamente prohibido por la ley está permitido”; para la conducta de los órganos estatales, por el contrario, vale la norma de clausura (opuesta) según la cual “todo lo que no está expresamente autorizado por la ley está prohibido”.¹³

En la primera interpretación, el principio de legalidad constituye, por así decirlo, un “límite negativo” a la acción de los poderes públicos, que exige (sólo) que los poderes públicos no sobrepasen los confines trazados por la ley. Los órganos del Estado no pueden realizar ningún acto en contraste con la ley, y por tanto que vulnere la ley, pero pueden realizar todo acto que la ley no prohíba.

En la segunda interpretación, por el contrario, el principio de legalidad constituye un “límite positivo” a la acción de los poderes públicos: ese principio exige no sólo que los poderes públicos sean ejercidos dentro de los confines establecidos por la ley, sino que todo acto de los poderes públicos esté positivamente fundado en la ley, o sea que esté expresamente autorizado por la ley.¹⁴

11 Mazzioti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milán, 1985, X.

12 Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910 (ahora en *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, Padua, 1966, I).

13 Giannini, *op.cit.*, nota 1, pp. 81 y 82; Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna-Roma, 1990, p. 55; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, *cit.*, nota 4, pp. 29 y ss.

14 Carré de Malberg, *op.cit.*, nota 3, p. 64.

En suma, en el primer caso, los actos de los poderes públicos están sujetos a una sola condición de validez: son válidos si su contenido no está en contraste con la ley; en el segundo caso, los actos de los poderes públicos están sujetos a dos condiciones de validez: son válidos si son autorizados por la ley y, además, si su contenido no está en contraste con la ley.

Conviene poner un sencillo ejemplo. En la primera interpretación, el principio de legalidad provoca la ilegitimidad de todo reglamento del Ejecutivo que sea incompatible con la ley, pero no excluye de hecho que el Ejecutivo pueda adoptar reglamentos “autónomos” (o “independientes”, en uno de los sentidos de esta palabra), entendidos como aquellos reglamentos que no están previstos (expresamente autorizados) por la ley, pero que son adoptados por el Ejecutivo bajo su propia iniciativa. En la segunda interpretación, por el contrario, el principio de legalidad provoca la ilegitimidad de cualquier reglamento “autónomo” en cuanto tal, ya que no admite que el Ejecutivo ejerza la potestad reglamentaria en ausencia de una específica ley que le autorice puntualmente tal ejercicio.¹⁵

VI. CONDICIONES DE EFICACIA DEL PRINCIPIO DE SUJECCIÓN A LA LEY

El principio de sujeción a la ley de los poderes públicos está vinculado a algunas condiciones de eficacia (o efectividad), que conviene recordar.

Ocurre con frecuencia que la ley no se limita a conferir poderes, si no que —por así decirlo— regula efectivamente los poderes que confiere: evidentemente, ningún problema serio de

15 No es claro, sin embargo, “si lo que se requiere para el legítimo ejercicio del poder reglamentario es una específica ley que en cada caso lo atribuya o si es suficiente una legitimación genérica y preventiva, de una vez por todas, que se actualice automáticamente, convirtiéndose operativa concretamente al verificarse un determinado presupuesto, o bien si pueda desprenderse del contenido de los poderes conferidos en concreto al gobierno y/o a la administración pública, también en este caso en presencia de una atribución genérica, pero no automática” [Carlassare, “Regolamento (diritto costituzionale)”, *cit.*, nota 10, p. 615]. Al respecto, *cfr.* Fois, *La “riserva di legge”. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milán, 1963, pp. 63 y ss.

sujeción a la ley existe para un poder que la ley no regula en modo alguno.

Una cosa es “conferir” un poder y otra “regularlo”. Para conferir un poder es suficiente una norma de competencia, la cual autoriza a un determinado órgano a realizar actos de un cierto tipo, es decir, actos dotados de un nombre propio y de un correspondiente régimen jurídico.¹⁶ Para regular un poder hay que dictar reglas (procedimentales y/o sustanciales) para su ejercicio.¹⁷ Si un poder es conferido pero no está regulado de algún modo, sus actos son incondicionalmente válidos. Sólo si un poder está regulado pueden surgir cuestiones en torno a la validez de los actos en que se ejerza tal poder.

La ley puede, además, disponer controles de validez, legalidad y legitimidad sobre los actos de los poderes públicos, de otra forma la violación a la ley quedaría sin sanción o remedio.

Debe observarse que es inútil dictar condiciones de validez sin predisponer controles de validez; pero es igualmente inútil instituir controles de validez sobre actos que sean incondicionalmente válidos.¹⁸ En un caso, la violación a la ley no tiene remedios; en el otro caso, los remedios están destinados a ser inoperantes.

16 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., nota 3, III.

17 Un poder ejercido sin título —es decir, en ausencia de una norma que lo atribuya— se llama no “ilegal”, sino más bien “ilegítimo”. Se llama, por el contrario, “ilegal” un poder ejercido en modo disconforme con las normas que lo regulan”. Cfr. Bobbio, “Legalità”, *Dizionario di politica*, Turín, 1976, pp. 518 y ss. (hay traducción al castellano, México, Siglo XXI, varias ediciones).

18 “La verdadera garantía de los derechos... requiere... que entre la ley y el acto aplicativo, entre la norma y la disposición, subsista un margen, una separación tal que permita aquellos remedios que no serían posibles en las confrontaciones con la ley, y en definitiva la confrontabilidad del acto, puesto en ocasiones en cuestión, con la norma, que lo prevé y lo regula, sin la cual estaría prácticamente anulado el propio principio de legalidad”; Crisafulli, “Principio di legalità e ‘giusto procedimento’”, *GiC*, 1962, pp. 130 y ss. “La exigencia de confrontabilidad del acto con la ley, es decir, la presencia de un parámetro legislativo sobre cuya base el juez pueda justificar un efectivo control, se sigue, en nuestro ordenamiento, del artículo 113 de la Constitución italiana, que consagra el principio —típico del Estado de derecho— de la accionabilidad de las pretensiones de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública”; Carlassare, “Regolamento (diritto costituzionale)”, cit., nota 10, p. 622, nota 106. Cfr. también *Id.*, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., nota 10, pp. 153 y ss.; *Id.*, “L'applicabilità dell'art. 113 della Costituzione agli atti normativi di autorità amministrative”, *GiC*, 1964, pp. 525 y ss. Al respecto: Fois, *La ‘riserva di legge’*, cit., nota 15, pp. 273 y ss.

En los ordenamientos jurídicos modernos, los controles de validez son típicamente controles de tipo jurisdiccional. Tales controles, a su vez, son eficaces a condición de que sean ejercidos por órganos (jueces) independientes.

VII. EL LLAMADO PRINCIPIO DE LEGALIDAD SUSTANCIAL

La tercera regla, de las enunciadas en el párrafo IV, se refiere a las condiciones de validez no de los actos administrativos y jurisdiccionales, sino de la ley misma. Es, por tanto, una regla sobre la legislación.

La mutación, comúnmente inadvertida, del principio de legalidad —de regla sobre la validez de los actos administrativos y jurisdiccionales a norma sobre la validez de la ley— es fácil de explicar. Como ya se ha apuntado, la regla que quiere a los poderes públicos sujetos a la ley es ineficaz siempre que la ley se limite a conferir esos poderes, sin regularlos (o regulándolos solamente de modo sumario). En suma, el llamado principio de legalidad “sustancial” es condición de eficacia del principio de legalidad formal (sujeción a la ley de los poderes públicos).

Conviene, sin embargo, hacer dos observaciones. Cuando se habla de una norma sobre la legislación, tal norma no puede tener más que rango constitucional (al menos “materialmente”, si no formalmente, constitucional). Además, una norma de tal tipo, en la medida en que regula la legislación, será vinculante para el legislador mismo sólo a condición de que esté contenida (aunque sea implícitamente) en una Constitución que sea, al mismo tiempo, formal y rígida.¹⁹

Dicho lo anterior puede preguntarse: ¿qué significa “regular”? ¿qué cosa exactamente se requiere del legislador al decir que la ley debe “regular” a los poderes públicos? Hay que repetir que una cosa es atribuir un poder (“en blanco”) y una cosa

19 Carlassare, “Legalità (principio di)”, *cit.*, nota 10, “Para que el principio de legalidad pueda afirmarse en su significado pleno, funcionando como límite al contenido de la ley, que debe contener una regulación suficiente para delimitar la discrecionalidad de los órganos administrativos, no basta con la existencia de una Constitución rígida, si no que es también necesario que el principio tenga valor constitucional”.

distinta es regularlo. “Regular”, sin embargo, es un término con un significado bastante elástico. Como se ha dicho, la ley puede regular los poderes que confiere de modo diverso y con distinta intensidad: puede imponer vínculos y límites más o menos estrechos.

El llamado principio de legalidad sustancial se presta, por tanto, a dos diversas interpretaciones:

1. En un primer sentido (débil) del término, “regular” significa circunscribir; diremos que la ley regula un poder a condición de que no se contente con conferirlo o autorizar su ejercicio, si no que, además, le ponga límites negativos.

2. En un segundo sentido (fuerte) del término, “regular” significa vincular; diremos que la ley regula un poder a condición de que no se limite ni a conferirlo ni a circunscribirlo, sino que lo vincule en positivo predeterminando el contenido de sus actos.²⁰

Como es obvio, los derechos subjetivos de los ciudadanos están más garantizados en sus relaciones con los poderes públicos cuanto más intensamente la ley regula la actividad de estos últimos. La garantía de los derechos es inexistente cuando la ley se limita a conferir un poder sin regularlo en modo alguno. La garantía de los derechos es mínima cuando la ley circunscribe los poderes que confiere (es decir, cuando confiere poderes discrecionales). La garantía de los derechos es máxima cuando la ley, al conferir un poder, le impone no solo límites, sino también vínculos sustanciales, predeterminando el contenido de sus actos (es decir, cuando confiere un poder vinculado).

Debe notarse que, en un cierto sentido, en lo que se refiere al poder jurisdiccional, el problema ni siquiera existe.²¹ En el pensamiento jurídico moderno, la jurisdicción —si se hace abstracción de la “discrecionalidad” interpretativa— se configura como una

20 También en este caso podemos observar la cuestión desde el punto de vista de las condiciones de validez —o, más bien, de invalidez— de los actos. En el primer caso, es inválido todo acto que traspase los confines fijados por la ley o que esté en contraste con ésta. En el segundo caso, es inválido todo acto que tenga un contenido o una finalidad diversa a la querida por la ley.

21 Fois, “Legalità (principio di)”, *cit.*, nota 10, pp. 660 y 661.

actividad enteramente vinculada.²² “Juzgar” es, por definición, deducir un precepto singular y concreto de una norma general y abstracta preconstituida (en conjunción con una afirmación que describe, o más bien califica, el supuesto de hecho que se encuentra bajo controversia). De modo que las determinaciones jurisdiccionales resultan predeterminadas por la ley y en tal sentido completamente vinculadas. En rigor, frente a una decisión cuyo contenido no esté predeterminado por la ley, no se puede ni siquiera hablar de jurisdicción. En suma, que la ley deba predeterminar el contenido de las decisiones jurisdiccionales es cosa pacífica.

El problema existe más bien para el Poder Ejecutivo. Se trata de saber si el legislador puede legítimamente atribuir al gobierno y a la administración pública poderes “en blanco”, o si por el contrario tiene la obligación de circunscribir, o incluso vincular, los poderes que confiere.

En la doctrina, comúnmente, el principio de legalidad sustancial se entiende genéricamente en el sentido de que el legislador tiene la obligación de regular “cabalmente” los poderes del gobierno y de la administración pública. No es claro si, hablando de una regulación “cabal” del Poder Ejecutivo, se aluda a un conjunto de límites negativos, o más bien a un conjunto de vínculos positivos.

²² Cfr. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, I, III.