

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (\*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

*A la memoria de Ignacio de Otto*

**SUMARIO:** I. SOBRE LA REDUNDANCIA Y SUS MODALIDADES.—II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PRINCIPIO DE JURIDICIDAD.—III. SOBRE LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL REGLAMENTO INDEPENDIENTE.—IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO SUJECCIÓN PLENA A LA LEY.—V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY.—VI. LA «MATERIA» DE LA LEY.—VII. CONCLUSIÓN.

Hasta el presente, el destino ha sido siempre generoso conmigo. No me ha dispensado de la obligación de trabajar para vivir, pero, salvo en muy contadas ocasiones, me ha permitido ganarme la vida en trabajos que me gustaban (en no pocos casos, incluso haciendo cosas que hubiera deseado hacer aunque no me pagaran por ellas) y generalmente acompañado de personas que compartían mi actitud o, cuando menos, la comprendían. En unos casos, pocos, el trabajo dio el resultado que se pretendía; en los más, seguramente no (y en alguno quizá no fuese exagerado hablar de arrepentimiento y hasta de remordimiento). En todos, sin embargo, el esfuerzo, en sí mismo, con independencia de sus frutos, fue una experiencia gozosa.

Entre estos trabajos está, como muchos saben, el de haber participado activamente en las tareas del Tribunal Constitucional desde su creación (1). Creo que para todos los que, como juristas, con independencia de la función

---

(\*) El presente trabajo ha sido publicado en el *Libro-homenaje al profesor Ignacio de Otto* (Oviedo, 1993), cuya iniciativa tomé yo mismo.

(1) Y en este sentido, aun antes de ella, como coautor con Eduardo García de Enterría y Jerónimo Arozamena del primer borrador de lo que sería más tarde la Ley Orgánica del Tribunal.

desempeñada, hemos sido parte de esta Institución, esa participación ha sido una experiencia inolvidable, como seguramente lo será para quienes, en el futuro, hayan de vivirla. Es posible, sin embargo, que para nadie haya tenido una significación tan honda como para quienes nos incorporamos al Tribunal como especialistas en Derecho constitucional, y será difícil que quienes han de continuar la obra del Tribunal o rectificarla puedan sentir la pasión que experimentamos los fundadores.

Esa doble condición la reuníamos, para mi fortuna, Ignacio de Otto y yo. Obsesionados ambos por la necesidad de congruencia entre teoría y práctica (y afectados quizá también los dos de un cierto *esprit de système*), cada decisión, por trivial que fuera y hasta la pura forma de expresar el razonamiento, se convertía en una cuestión teórica de primera magnitud cuya discusión, de implicación en implicación, nos llevaba a percibir conexiones no sospechadas al comenzarla y de ahí, frecuentemente, a una inversión de las posturas iniciales. Ignacio de Otto y yo éramos amigos y hemos hablado, en consecuencia, de muchas otras cosas; no sólo de Derecho. Pero ahora, en el recuerdo, son sobre todo estas discusiones profesionales las que me vienen a la mente y son también estas discusiones, creo, la única justificación objetiva posible de la alusión, inmerecidamente elogiosa, de que me hace objeto en el prólogo de su «sistema de fuentes» y del honor, aún mayor, de haber dedicado todo un capítulo (el VII) de este admirable libro a rebatir una opinión mía.

Al tomar ahora la pluma para rendir homenaje al amigo muerto no se me alcanza por eso mejor modo de hacerlo que el de continuar esa vieja discusión. Desgraciadamente, mi discurso no tendrá ahora su respuesta y hasta corro el riesgo de que alguien pueda pensar que intento tener así la última palabra. No la tendría en ningún caso; la discusión doctrinal es siempre, afortunadamente, interminable. Sé bien que si la muerte no nos lo hubiera arrebatado, Ignacio evidenciaría con su rigor y agudeza inigualables las debilidades que seguramente existen en este nuevo turno de palabra. No he caído nunca en la villanía de pensar que *les absents ont toujours tort*.

## I. SOBRE LA REDUNDANCIA Y SUS MODALIDADES

El artículo 9 de nuestra Constitución puede ser entendido sin esfuerzo alguno como intento de explicitar de modo compendiado el contenido propio de los atributos con los que, en el artículo primero, se caracteriza al Estado español. No sé si fue o no éste el propósito deliberado de los constituyentes, pero es evidente la conexión que existe, de una parte, entre el mandato que a todos los poderes públicos (incluido, por tanto, el legislativo) dirige el

apartado segundo de ese artículo y la noción de Estado social y democrático, mientras que, de la otra, los principios que enumera el apartado tercero son muy evidentemente los que configuran la estructura propia del Estado de Derecho, o más precisamente (una precisión cuya necesidad se verá después) del Estado de Derecho en sentido material o técnico, no en sentido teórico o formal, pues en este sentido, como afirma el autor de la contraposición, «todo Estado es un Estado de Derecho» (2).

Cabe discutir la conveniencia de que el constituyente eche sobre sus hombros esta carga, cuyo portador habitual es la doctrina. Merced a esta decisión, el Tribunal Constitucional español se ha visto dispensado del trabajo de elaborar, como el alemán, una Teoría del Estado social para justificar las limitaciones que impone al principio de igualdad la acción dirigida a mejorar la situación de los socialmente desfavorecidos; también, como he señalado en otro lugar, le ha creado el inútil problema de dotar de sentido a un principio (el de interdicción de la arbitrariedad) que universalmente es entendido como simple consecuencia o correlato del principio de igualdad. La discusión es ya, de *Constitutione lata*, perfectamente inútil, y no es mi propósito prolongarla. Una vez establecidos constitucionalmente esos principios, la tarea propia del Derecho constitucional, no de la Teoría de la Constitución, es la de dotarlos de sentido, acudiendo para ello, como dice De Otto, no sólo a su «mínimo contenido universal», sino también al «modo concreto en que la Constitución los acoge y configura en su articulado al desarrollar las diversas instituciones que en ella se regulan» (3).

La primera y más elemental regla que el intérprete ha de tener en cuenta para llevar a cabo esta labor es la de no redundancia. En rigor se trata más bien de un principio, de un punto de partida y quizá más exactamente aún de una obligada hipótesis de trabajo. La labor interpretativa ha de partir siempre, en efecto, de la hipótesis del legislador no redundante; de la idea de que el enunciado normativo no es una vaciedad inútil, sino una proposición que por sí sola o en conexión con otras crea Derecho, esto es, configura una realidad que pertenece al ámbito del deber ser, no al de la naturaleza, o al del arte, o la ciencia, o los sueños. Esta hipótesis, como toda hipótesis de trabajo, puede ser destruida por la investigación, pero sólo como conclusión de ésta, no a su inicio y para excluir su necesidad; sólo tras haber agotado todas las posibilidades de análisis cabe afirmar la redundancia parcial o total

(2) H. KELSEN: *Teoría general del Estado*, trad. española de L. Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979, págs. 57 y 119.

(3) I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987, pág. 141.

del enunciado analizado. Por redundancia parcial (o débil) entiendo aquí aquella que resulta de la simple reiteración, de la superfluidad; el enunciado es redundante porque la realidad jurídica existe ya en virtud de otros enunciados o normas (4). Hay redundancia total (o fuerte), por el contrario, cuando el enunciado no crea realidad jurídica alguna, bien porque la materia sobre la que pretende actuar no es susceptible de juridificación («Todos los españoles serán buenos y benéficos»), bien porque esa realidad es teórica (ontológicamente) necesaria, con independencia de que esté o no proclamada en un enunciado jurídico-positivo.

## II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

En la interpretación que de ella hace Ignacio de Otto, la consagración del principio de legalidad en el artículo 9.3 de la Constitución es redundante. La crítica de este resultado es el punto de partida obligado de este trabajo.

Como es bien sabido, esta interpretación identifica principio de legalidad con principio de juridicidad, de manera que si a esta locución se atribuyese el sentido que le dio su creador, la redundancia sería total, y nuestra Constitución, al consagrar aquel principio, habría incorporado un precepto jurídicamente tan inútil como el que enunciase que los tres ángulos interiores de un triángulo suman ciento ochenta grados.

En su bien conocida *Teoría general del Derecho administrativo*, Adolf Merkl elabora, en efecto, el concepto de «principio de juridicidad» en polémica con la idea, procedente del absolutismo y vigente todavía en la doctrina germánica de la Monarquía constitucional, de que la relación entre Administración y Derecho administrativo es una relación histórica, contingente, no necesaria, o, lo que es lo mismo, frente a la idea de que es conceptualmente posible una Administración que existe y actúa al margen del Derecho (5). Esa separación de Administración y Derecho es para Merkl un imposible lógico porque no cabe identificar como acción del Estado una actuación

---

(4) El supuesto más simple es el de la repetición en la disposición de rango inferior de enunciados ya contenidos en la de rango superior. Sobre los inconvenientes de esta práctica, desgraciadamente muy común, cfr. STC 40/1981, FJ 1.ºc (*Jurisprudencia Constitucional*, tomo segundo, pág. 356).

(5) La elaboración se hace en el capítulo 11 («El lugar de la Administración en la estructura escalonada del orden jurídico»), al que pertenecen las frases entrecomilladas en el texto. En la traducción española de esta obra (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953) las mencionadas frases, que a veces por exigencias sintácticas he modificado ligeramente, aparecen en las páginas 212, 213, 214, 215 y 225.

humana cualquiera si no existe un precepto que así lo establezca, sin una «regla de atribución», de modo que es forzoso entender que el Derecho administrativo no es *conditio sine qua non* para la existencia de la Administración, sino más precisamente *conditio per quam*. «Esta conexión necesaria entre Derecho y Administración puede ser designada —nos dice— como principio de juridicidad.» Tal principio no es un postulado jurídico-político que exprese la conveniencia de que toda acción administrativa se base en el Derecho o de que la actuación administrativa se atenga al Derecho vigente. «Es, en realidad, una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable», que «no prejuzga, en forma alguna, la clase y medida de la vinculación jurídica de la Administración» y puede realizarse, en el caso extremo, mediante «una única norma de competencia, por ejemplo, la autorización para administrar de acuerdo con el interés general, que sirve de fundamento a todas las actuaciones administrativas». Por eso «el principio de juridicidad no permite establecer una diferencia de rango entre las funciones estatales, sino que las coloca en el mismo plano».

Cosa bien distinta es, para Merkl, el principio de legalidad, que «es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad», pues «la ley no es más que una de las fuentes del Derecho, y la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada». «Así como el principio de juridicidad de la Administración es una ley jurídico-teórica que se deduce de la naturaleza de todas las funciones del Estado como funciones jurídicas, el principio de legalidad es un postulado jurídico-político que requiere ser consagrado legalmente para tener existencia jurídico-positiva». En realidad, el principio de legalidad es un principio estructural que determina la forma política al señalar a la Administración un lugar subordinado al de la legislación, pues «el carácter de ejecución de la ley que es propio de la Administración no puede ser afirmado si no es partiendo del principio de legalidad —que requiere reconocimiento jurídico-positivo—, y no al revés, como suele pretenderse, deduciendo la vigencia de ese principio a partir de la naturaleza de la Administración como ejecución de la Ley o de una supuestamente necesaria subordinación de la Administración a la legislación».

No es, sin embargo, la noción de principio de juridicidad acuñada en el seno de la Escuela de Viena, cuyas doctrinas tan rigurosamente utilizó para el estudio de nuestro propio Derecho, la que De Otto emplea, aunque mantenga la misma expresión. «Lo que el principio exige es que la actuación de la Administración... no sea libre, esto es, que esté vinculada por el ordenamiento jurídico.» «El principio de juridicidad impone, por tanto, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten a derecho.» Para satisfacerlo no basta, como en la

construcción de Merkl, una simple norma de atribución, ni siquiera, en la medida en la que pueda considerarse como cosa distinta, una simple autorización. «Si el ordenamiento confiere a una autoridad un poder para actuar libremente... los actos llevados a cabo en el ejercicio de ese poder son actos conformes a derecho, jurídicos en cuanto que permitidos por el ordenamiento. Y eso es precisamente lo que el principio de juridicidad combate: la atribución a la Administración de un poder para actuar sin vinculación a normas»; por eso «de ese principio nace todo el Derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales» (6).

Este entendimiento del principio de legalidad procede de García de Enterría, a cuya obra remite la bibliografía indicada al final del capítulo, y que, efectivamente, de modo explícito, afirma que Merkl llamó «principio de juridicidad» a esta perspectiva para reservar el nombre de «principio de legalidad» al juego procedente con la sola Ley formal, aunque, dice, parece una complicación terminológica innecesaria, una vez aclaradas las cosas (7). Por lo ya dicho, me parece un entendimiento inadecuado del pensamiento de Merkl, pero, salvo esto, y siempre naturalmente que se precise qué es lo que por principio de juridicidad se entiende, nada puede objetarse al empleo de la expresión en la construcción doctrinal.

La equivalencia entre principio de legalidad y un principio de juridicidad así entendido elimina desde luego la redundancia total del precepto, puesto que en este nuevo entendimiento la juridicidad de la actuación administrativa no es ya evidentemente una necesidad teórica, sino una opción jurídico-política posible y seguramente, para la mayor parte de los juristas actuales, plausible. Interpretado de este modo, el enunciado constitucional sigue siendo redundante porque reitera el contenido normativo del apartado primero del mismo artículo y, en cuanto que referido a la Administración, anticipa, de modo superfluo y críptico, la fórmula que utilizó el artículo 103 de la propia Constitución (8), pero ya sólo con una redundancia parcial o débil, de la que

(6) I. DE OTTO: *op. cit.*, págs. 157-158.

(7) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., vol. I, Madrid, Civitas, 1983, pág. 413. La «perspectiva» a que el autor se refiere es la que consiste en hablar de «principio de legalidad» haciendo general el concepto de legalidad, no referido a un tipo de norma específico, sino al ordenamiento entero, a lo que Hauriou llamaba «bloque de la legalidad» (*Leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres*). En un trabajo posterior (*Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución*, REDC, núm. 10) el autor afirma que «el principio de legalidad pone su énfasis precisamente en la Ley en su sentido formal, como "voluntad popular"... desvalorizando automáticamente a los Reglamentos».

(8) La recepción en este precepto, refiriéndola sólo a la Administración, de la muy polémica

están afectados muchos otros preceptos de nuestro texto constitucional. Si no hubiera más objeción que ésta, la interpretación que De Otto hace del principio de legalidad no suscitara mayor reparo. Hay, sin embargo, objeciones de mayor entidad.

La primera de ellas, aunque no la más importante, es la de que tal interpretación es incompatible con la vigorosa reprobación del concepto material de Ley. La afirmación de que, «entendido como principio de juridicidad, sumisión al bloque de la legalidad, el principio de legalidad no ofrece información alguna acerca de la posición de la Ley en el ordenamiento jurídico, porque el principio de juridicidad exige vinculación positiva a las normas jurídicas sin hacer distinción alguna en el rango de éstas» (9), sólo tiene sentido, como es obvio, si la norma jurídica tiene una entidad propia, independiente de la forma, legal o reglamentaria, que reviste dentro del ordenamiento, esto es, si el criterio distintivo de la norma jurídica es precisamente su contenido. Sentado esto, tanto vale decir que las normas jurídicas pueden revestir forma legal o reglamentaria como proclamar que también los Reglamentos pueden ser leyes en sentido material, ya que materialmente son indiscernibles de las leyes. Cabe argüir, claro está, que la crítica que De Otto dirige contra la doctrina del doble concepto de Ley no intenta negar al Reglamento la calidad de ley en sentido material, sino combatir la afirmación de que existen «leyes» que sólo son tales en sentido formal, de manera que la interpretación del principio de legalidad como exigencia de que la Administración actúe con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho no sería incompatible con una concepción monista de la Ley, que disocia a ésta totalmente de su contenido. El principio se cumpliría así siempre que la actividad administrativa se adecuara a normas jurídicas, esto es, a leyes en sentido material, fuese cual fuese su forma, o a una Ley «formal», fuese cual fuese su contenido. El fino sentido jurídico de De Otto le impide, sin embargo, llegar a esta disparatada conclusión. El Derecho es para él una estructura integrada por normas y éstas son, en contraposición a las «órdenes», «regulaciones abstractas, es decir, relativas a una pluralidad de acciones genéricamente determina-

---

fórmula que utiliza el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn ofrece un argumento fácil contra la equiparación de legalidad y juridicidad; es obvio que si la legalidad designa toda posible forma de creación del Derecho, resulta inexplicable la mención separada de un Derecho no incluido en ella. La imposibilidad de una construcción dogmática rigurosa de esta fórmula, que nuestra Constitución, a diferencia de la alemana, no aplica al juez (por lo demás, también el juez alemán, aunque vinculado a la Ley y al Derecho en el artículo 20.3, está sujeto sólo al imperio de la Ley en el 97.1), aconseja, sin embargo, no echar demasiado peso sobre un cimiento no muy firme.

(9) I. DE OTTO: *op. cit.*, pág. 159.

das» (10); admitir que el principio de legalidad como principio de juridicidad quedaría satisfecho también cuando la actuación administrativa se adecuase sólo a una «Ley», fuese cual fuese la estructura de ésta, sería caer en una contradicción flagrante, en la que ciertamente no incurre el autor. A su juicio, el famoso principio no exige simplemente que el ordenamiento apodere a la Administración para perseguir determinados fines o incluso para algo mucho más concreto, como es imponer sanciones; es indispensable que la Administración quede vinculada por normas que sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa (11). Estas normas pueden revestir forma legal o reglamentaria, pero han de hacer posible el control judicial de la actuación administrativa. La Ley a la que se refiere la legalidad del enunciado contenido en el artículo 9.3 de nuestra Constitución es la Ley en sentido material, la Ley materialmente concebida.

A este razonamiento puede responderse, sin duda (y quizá a un lector no advertido del libro de Ignacio de Otto ésta será la primera respuesta que se le viene a mentes), que, una vez más, se está jugando con la equivocidad del término «Ley»; que se está identificando el concepto material de la Ley con la acepción de esta palabra cuando se la emplea para designar cualquier enunciado de derecho escrito o, más precisamente, «todas las normas dictadas por los órganos del Estado dotados de potestad normativa» (12). Creo, sin embargo, que la respuesta no es válida y que no lo es por dos razones distintas y no baladíes. La primera de ellas es, claro está, la de que la distinción entre diferentes conceptos denotados por el mismo término y diferentes acepciones de una misma palabra es lógica y lingüísticamente imposible: diversidad de conceptos y variedad de acepciones son dos modos de decir lo mismo. Tan es así, que es precisamente esta acepción de la Ley como sinónimo de precepto jurídico la que Laband utiliza para establecer por primera vez el concepto material de Ley (13).

La segunda, y aún más fuerte, es la de que, al definir el principio, De Otto no identifica la legalidad o juridicidad con el conjunto posible de los enunciados jurídicos o proposiciones deónticas, singulares o generales, sino que añade al concepto de ley material la nota de la generalidad, que Laband,

(10) *Ibidem*, pag. 180.

(11) *Ibidem*, págs. 157-158. A veces se denomina «proposiciones jurídicas» a estas normas que pueden servir de premisa mayor en el silogismo judicial. Cfr., por ejemplo, D. JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, 1978, págs. 31-32.

(12) *Ibidem*, pag. 104.

(13) Cfr. P. LABAND: *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*; trad. española bajo el título *El Derecho presupuestario*, Madrid, 1979, págs. 8-10.



para quien también era Ley en sentido material una Ley singular como la que confiscó el patrimonio del ex Rey de Hannover, expresamente rechaza (14). La introducción de esta nota, que de modo subrepticio se realiza al utilizar el concepto de «norma» y no el de «enunciado jurídico», resulta indispensable para dotar de sentido la definición del principio de juridicidad. Sin ella, este principio habría de entenderse cumplido siempre que la Administración, con habilitación legal genérica o sin ella, adoptase decisiones concretas que después ella misma habría de ejecutar y, en el caso límite, en un sistema en el que un déspota todopoderoso actuase siempre de ese modo. Para excluir ese resultado absurdo, una vez que, desde el punto de vista del principio, se han equiparado Ley y Reglamento, es preciso apelar, en un lugar u otro, a las notas de generalidad o abstracción como componentes de lo jurídico. Cabe prescindir quizá de la primera, o predicarlas sólo del Reglamento y no de la Ley, como hace De Otto (15), pero si la norma ha de servir de criterio para enjuiciar la actuación administrativa, es decir, para hacer posible la subsunción, ha de tratarse efectivamente de una norma, esto es, de una estructura que defina un supuesto de hecho, cuya existencia origina unas determinadas consecuencias jurídicas.

Con ser grave, este reparo a la interpretación del principio de legalidad como principio de juridicidad no es decisivo. A lo más denuncia una cierta contradicción interna en una construcción sistemática por lo demás admirable y en la que la diatriba contra la concepción dual de la Ley no pasa de ser un *excursus* perfectamente prescindible (16). La objeción importante, la que justifica la continuación del debate con el amigo muerto, es la de que con esa interpretación, la primacía de la Ley formal como fuente del Derecho,

(14) P. LABAND: *op. y loc. cit.*

(15) I. DE OTTO: *op. cit.*, pág. 216. Las notas distintivas de los Reglamentos son precisamente *leur généralité et leur durée indéfinie*, las mismas que en la Constitución de 1793 se utilizaban para caracterizar a las leyes, que ahora son, por el contrario, disposiciones particulares y episódicas. Esta sorprendente paradoja es un excelente punto de partida para una reflexión sobre la evolución del constitucionalismo europeo.

(16) Una opinión bastante más matizada que la de Ignacio de Otto sobre el doble concepto de Ley puede encontrarse en el excelente estudio histórico de W. BÖCKENFÖRDE *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt* (2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1981), que él y yo leímos y comentamos durante su estancia en el Tribunal. En castellano, aparte de los libros de GALLEGO ANABITARTE y JESCH, que él menciona, cfr. la obra de CH. STARCK *El concepto de Ley en la Constitución alemana* (trad. de L. Legaz Lacambra, Madrid, 1979), especialmente págs. 117-159, y con una valoración política casi diametralmente opuesta, J. A. ESTÉVEZ ARAÚJO: *La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, 1989. Una excelente exposición del conflicto presupuestario en Prusia, del que resultaría, años después, el concepto dual de Ley, puede verse en el Estudio preliminar de A. RODRÍGUEZ BEREJO a la traducción española del libro de LABAND, cit. *supra*.

limitada sólo por la Constitución, queda en entredicho. Si en el enunciado que consagra el principio de legalidad por Ley ha de entenderse simplemente la norma jurídica, sea cual sea su forma y su fuente, este entendimiento ha de ser posible también en cualquier otro precepto que no se refiera inequívocamente a la Ley emanada de la representación popular, y la primacía de ésta sólo podrá ser argumentada a partir de una especie de derecho natural democrático, apoyado, desde luego, en la tradición cultural y política propia y ajena, pero no en precepto constitucional alguno (17), y el principio mismo de jerarquía normativa queda sin asidero interno, puesto que ninguna norma de la Constitución establece cuál es la jerarquía de las distintas fuentes. Con la equiparación de legalidad y juridicidad la creación del Derecho queda desvinculada de la participación popular y tan Estado de Derecho resultaría ser aquél en el que existan leyes como aquél otro en el que la Administración actuase simplemente de conformidad con los Reglamentos, tan generales y abstractos como se quiera, dictados por ella misma (18).

Ciertamente, ni la obra de Ignacio de Otto ni nuestra Constitución permiten llegar a esos extremos absurdos. La contraposición implícita en el artículo 53.1 entre la Ley y otras fuentes normativas, la prohibición de que el Decreto-Ley afecte a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I (19) y otros preceptos genéricos hacen patente que hay un dominio propio de la Ley. Su extensión queda, sin embargo, imprecisa porque, al excluirse del texto constitucional el principio de legalidad en su interpretación más obvia, se da por supuesta la existencia de un ámbito de actuación estatal al margen de la Ley «formal». Todo se hace reposar en el principio democrático, pero éste, si bien «impone (en la relación entre Ley y Reglamento) unas exigencias básicas en favor de la Ley: la existencia de reserva de Ley y la supremacía..., fuera de esos mínimos deja indefinida una amplia zona de relaciones» (20).

(17) La frecuente cita del artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 lo evidencia bien.

(18) «Le règlement fait par les administrateurs est bien général; et cependant, qui admettrait que sa généralité suffise à assurer un régime complet de légalité?» (CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'État* [reimpresión], vol. I, París, 1962, pág. 294).

(19) Del artículo 86 CE se desprende, por lo demás, *a contrario*, un poderoso argumento para negar que la Administración pueda afectar, mediante Reglamentos independientes o autónomos, a los derechos de los ciudadanos. Si el precepto excluye la posibilidad de que el Decreto-Ley afecte a los derechos consagrados en el título I, sin excepcionar ni siquiera los de su capítulo II, es porque, implícitamente, da por supuesto que cualquier creación de derechos u obligaciones en el ámbito externo sólo puede tener su origen en una norma de rango legal.

(20) I. DE OTTO: *op. cit.*, pág. 140.

### III. SOBRE LA POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL REGLAMENTO INDEPENDIENTE

Esta indefinición, y en ello está el peligro, implica una grave restricción del poder legislativo. Salvo en las materias reservadas (y aun ello sólo de esta manera precaria y en virtud de consideraciones no irrefutables, como hemos de ver después), la creación del Derecho, la potestad normativa, es una competencia concurrente de las Cortes y del Gobierno, que, sin mediación alguna del legislador, puede crear normas e imponer, por tanto, deberes y obligaciones a los ciudadanos. Bien es verdad que, en virtud de la supremacía de la Ley, se trata de una concurrencia imperfecta, pero aun así restringe de un modo difícilmente compatible con el sistema parlamentario (que no es la única concreción posible del principio democrático, pero es el que la Constitución consagra) el poder legislativo e impone, en lo que toca al ejercicio de la potestad reglamentaria, el sistema de vinculación meramente negativa, de la simple «no contradicción».

En consonancia con su interpretación del principio de legalidad, Ignacio de Otto sostiene, en efecto, la existencia de una potestad reglamentaria autónoma, esto es, la posibilidad de crear derecho mediante reglamentos que ni se dictan para la ejecución de una Ley preexistente ni en virtud de habilitación legislativa alguna. La potestad reglamentaria es, en su opinión, tan originaria, tan inmediatamente derivada de la Constitución como la potestad legislativa (21) y en consecuencia puede ejercerse, sin la *interpositio legislatoris*, sobre cualquier materia que no esté reservada a la Ley o que no haya sido previamente regulada por ésta (22).

El resultado en cierto modo paradójico de toda la construcción es, en consecuencia, el de que los únicos principios que ordenan la relación entre Ley y Reglamento son los de jerarquía (cuya inconcreción en nuestro Derecho positivo ya fue apuntada antes) y el de reserva, es decir, las que imperaban

---

(21) Aunque es un tipo de argumentación que detesto, no parece superfluo subrayar aquí que esta afirmación pasa por alto el hecho de que cuando la Constitución atribuye a las Cortes la potestad legislativa se limita a trazar en sus grandes líneas el modo de ejercerla, no su contenido posible, en tanto que cuando determina la titularidad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3) y la reglamentación (art. 97) se cuida mucho de señalar su sujeción a la Constitución y a la Ley.

(22) En este último caso la limitación de la potestad reglamentaria es puramente negativa, pues, a juicio de De Otto (*Sistema...*, cit., pág. 227), la regulación legal de una determinada materia no excluye la posibilidad de que la misma sea objeto también de regulación por vía reglamentaria, aun sin habilitación del legislador. Como es obvio, también esta tesis deriva del inadecuado entendimiento del principio de legalidad.

también en el viejo constitucionalismo germánico, tan vigorosamente criticado (23).

La explicación de la paradoja y su justificación deriva, como es inevitable, de un postulado político: el de que el Gobierno tiene la misma legitimidad democrática que el Parlamento. Sus productos normativos pueden ser aceptados en consecuencia como parte integrante del ordenamiento jurídico, del Derecho, no como un conjunto de órdenes más o menos generales, como las que integraban el ámbito del no-Derecho en el constitucionalismo germánico. La legitimidad política del poder del que emanan permite considerar a los preceptos reglamentarios como normas jurídicas, cuyos destinatarios son ciudadanos libres, sujetos de derecho, en la más plena extensión del término, y no simplemente individuos sometidos a relaciones especiales de dominación y obligados, en cuanto tales, a obedecer las órdenes del superior pese a no haber tenido participación alguna en la determinación de su contenido (24).

Que este postulado es el fundamento real de su tesis acerca de la licitud del reglamento independiente e incluso de su interpretación del principio de legalidad como principio de juridicidad me parece evidente, no sólo por lo que se dice en otros pasajes del *sistema de fuentes*, sino por la endeblez de los restantes argumentos basados en la exégesis de diversos preceptos de la Constitución, de los que sin esfuerzo alguno pueden hacerse lecturas distintas.

Este esfuerzo exegético se centra sobre todo en el artículo 97, al que, coincidiendo con otros autores (25), se atribuye un significado que, en mi modesta opinión, distorsiona su tenor literal. Los dos párrafos perfectamente separados del precepto hacen referencia a dos campos de acción gubernamental bien diversos: uno, aquel en el que la acción del Gobierno es una acción absolutamente libre, que no está ni puede estar guiada por leyes por la simple razón de que las decisiones a que dé lugar no inciden directamente sobre los derechos y obligaciones de los ciudadanos, aunque hayan de ajustarse a las

(23) Véase, para su exposición en cierto modo definitiva, OTTO MAYER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I (reimpresión de la edición de 1924, Berlín, 1969), págs. 64-73. Conviene recordar, sin embargo, que incluso para Otto Mayer, y ya en 1895, fecha de la primera edición de su libro, como el poder ejecutivo no tiene la facultad de crear derecho, «el reglamento requiere que el legislador le transfiera especialmente esta facultad» (*ibidem*, pág. 83).

(24) De Otto no entra a analizar la legitimación democrática del Gobierno. Es claro, sin embargo, que si por legitimación democrática se entiende la que deriva de la voluntad popular manifestada en elecciones libres, la del Gobierno es sólo mediata y que la mediación de las Cortes se concreta sólo en la investidura del presidente del Gobierno y en la posibilidad de cesarlo.

(25) Fundamentalmente, A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, en su comentario al artículo 97, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo VIII, Madrid, 1985, págs. 63 y sigs. GALLEGO ANABITARTE se había ocupado anteriormente del tema en *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1971.

leyes existentes sobre procedimiento de adopción de decisiones, organización y recursos de la Administración y de la Defensa y hayan de plasmarse en proyectos de Ley en cuanto pretendan incidir sobre la esfera jurídica de los ciudadanos o crear estructuras de relación nuevas; otro, bien distinto, en el que el Gobierno no actúa como un poder libre, en el que no tiene la dirección, sino sólo la potestad de actuar de acuerdo con la Constitución y las leyes, esto es, sólo en la medida en la que una y otras (pero no sólo aquélla) le permiten hacerlo. El artículo 97, en definitiva, atribuye la titularidad de la potestad reglamentaria, pero no determina en absoluto el ámbito posible de ésta, que depende totalmente de la interpretación que se haga del principio de legalidad. Sólo merced a la reducción de ese principio a principio de juridicidad se abre la posibilidad de entender de dos modos distintos, y aun contrapuestos, una misma determinación modal («de acuerdo con la Constitución y las leyes») referida, sin establecer diferencia alguna, a los dos términos que componen el complemento directo de una misma oración.

#### IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO SUJECION PLENA A LA LEY

Por todas estas razones parece aconsejable seguir, también en lo que toca al principio de legalidad, el prudente consejo de entender que cuando la Constitución formula los principios mediante expresiones que tienen algún contenido mínimo universalmente aceptado, utiliza tales expresiones precisamente para incorporar ese contenido mínimo (26) y que la consagración constitucional del principio de legalidad significa, en consecuencia, que todos los restantes poderes del Estado están sometidos al legislativo; más concretamente, que la relación jurídica de la Administración con los ciudadanos o, para decirlo con mayor rigor, con los sometidos; puesto que se trata de un poder territorial, sólo es posible en la medida en la que cabe referir a la Ley formal, a la norma con rango de Ley, la delimitación de los respectivos derechos y obligaciones, el alcance de la potestad ejercida y el correlativo deber.

En términos aún más rotundos, para evitar el riesgo de que la referencia a la relación jurídica con los ciudadanos o sometidos pueda hacer pensar que las relaciones interorgánicas (27) o las que la Administración mantiene con

(26) I. DE OTTO: *op. cit.*, pág. 141.

(27) Sobre la concepción del Estado como persona jurídica única, en cuyo seno no son posibles las relaciones jurídicas que han de ser necesariamente intersubjetivas, véase W. BÖCKENFÖRDE: *op. cit.*, especialmente págs. 234-240, 282-286, 334-335 y 376-377. La crítica de Haenel, que Böckenförde hace suya, coincide, por lo demás, con lo que era la concepción dominante en el Derecho público francés. Cfr., por ejemplo, CARRÉ DE MALBERG: *op. cit.*, págs. 317-322.

sus propios dependientes escapan del ámbito cubierto por él, hay que afirmar que el principio de legalidad implica la sujeción plena de la Administración a la Ley tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de la potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella misma habra de sujetarse.

Esta sujeción de la potestad reglamentaria a la Constitución y a la Ley no puede ser calificada, en razón de su universalidad, de «reserva de Ley». Esta noción, la de reserva, aparece, como se sabe, tardíamente, en sustitución de lo que antes se denominaba la materia o el dominio propio de la Ley, proyección de una concepción material de la función legislativa más próxima (y más fiel) a las doctrinas originarias de la separación de poderes (28) a partir de la cual se definía el poder que la llevaba a cabo. La identificación de este poder con la representación popular, la exclusión de todo principio de legitimidad que no sea el democrático y, en consecuencia, la valoración del poder legislativo como poder supremo a cuyo imperio están sometidos los demás poderes del Estado hace ya imposible hablar de un dominio propio o reservado a la Ley, porque éste abarca toda la actividad del Estado; no hay reserva de Ley porque ninguna actuación del poder es legítima al margen de ella. Por esa razón resulta injusto, me parece, el reproche que se le hace a Eduardo García de Enterría de apelar para la interpretación de nuestra Constitución, y sin apoyo alguno en ella, a la teoría alemana de la Ley en sentido material (29). No hay necesidad alguna de apelar a esa teoría para llegar a ese resultado, que deriva necesariamente de la consagración constitucional del principio de legalidad.

Ni cabe tampoco argüir que si esa postura que se critica fuera consecuente con la concepción puramente formal de la Ley debería negar también la posibilidad del reglamento independiente, incluso cuando se trata de reglamentos puramente administrativos, de reglamentos que regulan sólo la organización y funcionamiento de la Administración (30), por la buena y simple razón de que, encomendada como está por la Constitución al Gobierno la dirección de ésta, la Ley que crea (o autoriza la creación) de una estructura administrativa (31) implica necesariamente la posibilidad de que el Gobierno regule su

---

(28) El debate sobre la separación o división de funciones, que en Europa se centra monométicamente en el problema de la reserva de Ley, está planteado en los Estados Unidos, sobre todo desde la Administración Reagan, en términos mucho más amplios. Cfr., sobre el tema, CH. FRIED: *Order and Law*, Nueva York, 1991, espec. págs. 132-171.

(29) I. DE OTTO: *op. cit.*, pág. 234.

(30) *Ibidem*, pag. 233.

(31) La interpretación que en la práctica se ha impuesto sobre la creación de órganos administrativos, perfectamente congruente con el principio de legalidad, no lo es, por el contrario,

organización y su modo de funcionamiento. Cosa bien distinta es que ese ejercicio de la potestad reglamentaria pueda afectar al círculo jurídicamente protegido de los ciudadanos, esto es, que ejerza efectos *ad extra* sobre los ciudadanos en cuanto tales o incluso como dependientes de la Administración o usuarios de un servicio público, esto es, como sujetos a una relación especial de dominación, en cuanto que también en el interior de ésta tienen vigor los derechos fundamentales que la Constitución consagra (32).

## V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY

La reducción del principio de legalidad a una mera exigencia de juridicidad de la actuación administrativa implicaría, como antes se ha indicado, que en nuestro sistema constitucional, como en el del Segundo Imperio germánico, el Gobierno y la Administración disponen de un ámbito en el que su actuación es legítima siempre que con ella no infrinjan las leyes. Sólo en las materias reservadas a la Ley, en las que no es posible remisión alguna al Reglamento (33), estaría la Administración positivamente vinculada por la norma legal; obligada no sólo a no infringirla, sino a conformar absolutamente a ella su propia actividad.

La construcción no coincide, como es claro, con la doctrina dominante

---

con la noción de reserva, y la secuencia de las sucesivas decisiones evidencia precisamente, de manera ejemplar, los inconvenientes que resultan de confundir ambas categorías. La Ley 10/1983 (art. 11) reservó a la «Ley aprobada en Cortes» la creación, modificación y supresión de departamentos ministeriales, quizá para hacer imposible que en lo sucesivo se apelara al Decreto-Ley, que es lo que justamente había hecho el mismo Gobierno que presentó a las Cortes el proyecto de esa Ley (RD-L 22/1982) y lo que el Tribunal Constitucional (STC 60/1986) había considerado compatible con el artículo 98 CE. Tras ella, sin embargo, la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales para 1991, autoriza en su DF 2.<sup>a</sup> al presidente del Gobierno para adoptar esas mismas decisiones mediante Real Decreto.

La creación de todos los órganos inferiores está deferida también a normas reglamentarias por la misma Ley 10/1983 (art. 12 y DA 2.<sup>a</sup>). El Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada, admitió la legitimidad de esta remisión, sosteniendo que la «reserva de Ley» contenida en el artículo 103.2 CE es una reserva simplemente relativa, que permite la colaboración del Reglamento. Es evidente, sin embargo, que en lo que toca a este género de normas de organización, la «colaboración» del reglamento en virtud de una norma de habilitación general no es una simple colaboración con el legislador; la potestad reglamentaria actúa con absoluta libertad. Se trata del juego normal del principio de legalidad, y llamar a esto reserva «relativa» es reducir a la nada la noción misma de reserva. La decisión del TC, absolutamente correcta a mi juicio, yerra, no obstante, en su fundamentación.

(32) Cfr., por todas, STC 234/1991.

(33) I. DE OTTO: *op. cit.*, págs. 231-232.

entre nuestros juristas ni con la práctica habitual de los operadores jurídicos españoles. Las leyes continúan incluyendo remisiones al Reglamento o cláusulas de habilitación y el Tribunal Constitucional ha admitido muy reiteradamente la posibilidad de estas remisiones cuando la reserva no es absoluta, e incluso ha sugerido en más de una ocasión la necesidad de graduar el alcance de la remisión constitucionalmente lícita según la intensidad con la que la norma incide en los derechos de los ciudadanos o, más simplemente, en su libertad (34). A cambio de esta discordancia, la tesis de De Otto, y en ello radica su elegancia, resuelve de manera muy simple el problema que, como es evidente, plantea al intérprete la existencia de abundantes reservas de Ley en una Constitución que, como la nuestra, consagra también el principio de legalidad.

El problema lo suscita la existencia misma de las reservas. La justificación de éstas, su razón de ser, deriva de una situación que el propio Ignacio de Otto expone con brillantez (35). Aunque jurídicamente el Gobierno es responsable ante las Cortes, en la medida en la que, merced a la disciplina de partido, puede determinar la voluntad de quienes constituyen la mayoría en el seno de éstas, políticamente aparece con frecuencia como su señor. El simple juego del principio de legalidad, cuyas exigencias quedan satisfechas con una simple cláusula de habilitación, apenas ofrece, en consecuencia, seguridad alguna frente al uso que el Gobierno pueda hacer de la potestad reglamentaria, cuyo control judicial eficaz sólo resulta posible mediante la aplicación de los famosos principios generales (36). La garantía de la libertad, su protección frente a toda restricción que no emane precisamente de los representantes del pueblo, sólo puede asegurarse por eso imponiendo a éstos la obligación de adoptar por sí mismos las normas que la imponen; una obligación que además sólo pueden cumplir de acuerdo con un procedimiento público y contradictorio en el que las distintas posturas han de intentar justificarse ante la opinión, es decir, argumentando, si no desde la perspectiva del interés general, que es hoy categoría muy cuestionada, sí en debate con los intereses de todos (37).

(34) Véase, como expresión de una doctrina reiterada, STC 83/1984.

(35) I. DE OTTO: *op. cit.*, págs. 152-153.

(36) La fuga hacia los principios implica, como es fácil comprender, el riesgo de convertir al juez en un poder cuyo sometimiento al imperio de la Ley no significa casi nada. Por eso, en contra de lo que frecuentemente se afirma y a veces se cree, el intento por reconstruir un concepto de Ley adecuado al Estado de Derecho es, sobre todo, un intento de preservar la democracia.

(37) Como es evidente, el poder legislativo no es legítimo porque se ejerza de acuerdo con un determinado procedimiento; se adecúa a ese procedimiento porque es legítimo o, lo que es lo mismo, la naturaleza del órgano determina el procedimiento. Las sesiones plenarias de las Cortes serían públicas aunque no lo ordenase el artículo 80 CE.

Es también la naturaleza del órgano la que obliga a contrastar con el interés de los demás el



En resumen: aunque utilicemos la misma expresión que, desde Otto Mayer, se ha empleado para denominar lo que en los sistemas constitucionales germánicos anteriores a la Primera Guerra Mundial era el dominio propio de la Ley, que no abarcaba la totalidad de la actividad del Estado, nuestra «reserva» es una institución bien distinta. La finalidad de la reserva de Ley no es en nuestra Constitución la de sustraer ciertas materias a la potestad reglamentaria, porque el ejercicio de ésta requiere siempre un apoderamiento legal; con la reserva se trata de imponer al legislador el deber de regular por sí mismo determinadas materias. Esta naturaleza propia de la reserva, que transforma en deber lo que antes era facultad, es la que explica el fenómeno, incomprensible desde la vieja concepción, de que la reserva de Ley sólo pueda ser quebrantada por el propio legislador. El Reglamento que sin apoderamiento legal se inmiscuye en el ámbito reservado, es simplemente ilegal. Si se ha dictado en virtud de una habilitación más amplia de lo que la reserva tolera, no podrá ser tachado de ilegal y su invalidez será simplemente derivación de la nulidad que, en cuanto que infringe la Constitución, afecta a la Ley que la otorgó. La reiteración con la que el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales por infracción de una u otra de las reservas de Ley concretas que la Constitución establece dispensa de cualquier otra prueba sobre la exactitud de una tesis en la que, por lo demás, el pensamiento de Otto y el mío coinciden en lo fundamental.

A partir de esa coincidencia se producen, no obstante, como ya se ha visto, algunas discrepancias de cierta entidad. Para él, todas las materias no cubiertas por la reserva quedan abiertas, en principio, a la acción libre de la potestad reglamentaria, aunque también el legislador puede desplazarla de ellas si, haciendo uso de su propio poder, resuelve adoptar por sí mismo «regulaciones» a las que constitucionalmente no está obligado. En mi interpretación, por el contrario, no cabe ejercicio alguno de la potestad reglamentaria sin apoderamiento legal previo. En muchas ocasiones, ese apoderamiento puede otorgarse mediante una cláusula general, como sucede, por ejemplo, en el caso, a que antes nos hemos referido, de la creación de órganos, incluso de departamentos ministeriales; en otros, o bien tal apoderamiento no es lícito (el caso de las llamadas reservas «absolutas» o «de Parlamento»), o bien lo es sólo en cuanto que habilita para dictar normas complementarias e instrumentales de la regulación establecida en todo lo esencial por el propio legislador.

---

de cada sector presente en la Cámara. En el procedimiento burocrático, que es propio de la potestad reglamentaria, es, por el contrario, la propia Administración la que ha de articular entre sí los distintos intereses que ante ella se hacen valer. El artículo 105.a) puede dar lugar por eso a normas que sólo sean muy satisfactorias para los propios interesados.

Mi propia postura no es, desde luego, ni original ni novedosa. En todo lo sustancial coincide con la que ya expuso Angel Garrorena en su temprano y excelente estudio sobre el lugar de la Ley en la Constitución (38). Esta postura, que es, creo, la más extendida en nuestra doctrina, ha de hacer frente, como es evidente, a un problema que para De Otto no existe: obliga a precisar, de un lado, cuál es el ámbito en el que el Reglamento puede producirse a partir de una habilitación genérica que, en el caso límite, pero no infrecuente, se reduzca a señalar la materia u objeto de la potestad reglamentaria, sin asignar a ésta ni siquiera la finalidad a alcanzar, y cuál aquél otro en el que las determinaciones esenciales que el reglamento puede desarrollar o complementar han de ser establecidas por la propia Ley; de otra parte, fuerza también a determinar qué es lo esencial en todas aquellas materias en las que es indispensable la regulación legal.

La primera de estas cuestiones es la que se intenta responder con la distinción entre derecho interno y externo, entre normas *ad intra* y *ad extra*, una distinción que deriva de la vieja división entre el ámbito de lo jurídico y el del no-derecho, pero que en modo alguno puede considerarse viciada por ese origen y que, en otros sistemas, como el francés, que no conocieron nunca tal división, se ha categorizado también con otra terminología porque responde a una exigencia de la realidad. Ignorarla es ignorar la muy diversa función que cumplen aquellas normas que inciden directamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos y aquellas otras que se limitan a regular la organización y funcionamiento de los servicios públicos. Ciertamente que estas últimas pueden condicionar materialmente el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y afectar, incluso profundamente, a los derechos fundamentales de los sometidos a una relación especial de sujeción. Por eso, como ya hemos visto (39), ni siquiera en este ámbito es siempre y en todo caso prescindible la norma legal que no sea algo más que una simple habilitación genérica. La regla general es, sin embargo, la contraria, la del reglamento simplemente habilitado o requerido sólo, en la terminología de Garrorena, «de apertura legal» (40). Por esta razón ni siquiera los «reglamentos» de los órganos constitucionales tienen efectos *ad extra* (41).

Es la Ley la que, por el contrario, ha de establecer las determinaciones esenciales, el núcleo del régimen jurídico, cuando se trata de normas que

(38) A. GARRORENA: *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid, 1980.

(39) Cfr. STC 234/1991, citada *supra*, nota 32.

(40) *Op. cit.*, págs. 104-106. La distinción entre reglamentos de ejecución (jurídicos) y de organización (administrativos) ha sido aceptada y utilizada por el Tribunal Constitucional desde la sentencia 18/1982.

(41) Por eso son justamente reglamentos, aunque con rango de Ley.

inciden directamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos. Cuál sea esta esfera o cuál el modo o grado de incidencia que hace indispensable la norma legal es cosa ya bastante menos clara. No hay duda alguna, claro está, en lo que toca a aquellas facetas concretas del ejercicio de la libertad que la Constitución protege especialmente, a los derechos de prestación que asegura como fundamentales, o a las instituciones que garantiza como base del sistema social y económico. Respecto del alcance de la reserva de Ley (reserva reforzada, en cuanto que obliga a preservar el «contenido esencial» de las libertades, derechos o instituciones garantizadas) consagrada en el artículo 53.1 de nuestra Constitución como obligación del legislador, pueden suscitarse, naturalmente, dudas y litigios en cada caso concreto, pero sobre la necesidad de que la regulación haya de hacerse por Ley y haya de abarcar, salvo cuestiones menores y complementarias, la totalidad de la materia reservada, no cabe duda alguna. El problema grave se plantea respecto de aquellas otras materias acerca de las que la exigencia de un mínimo de contenido legal sustantivo, por así decir, no puede hacerse derivar directamente de ningún precepto constitucional concreto que la imponga.

La doctrina más sólida y más generalmente aceptada entiende que, en todo caso, es la Ley y no el reglamento la única fuente posible de aquellas normas que implican una «sujeción general» de los ciudadanos (42) o que está reservado a la Ley todo cuanto atañe a la libertad y la propiedad (43). Las expresiones son seguramente equivalentes en la intención de sus autores, pero la introducción aquí de la noción de reserva, aunque común tanto en la doctrina alemana como en la española, me parece poco afortunada, por razones que ya antes han quedado expuestas. El cambio de sentido de la idea de reserva, la transformación de la reserva en un deber del legislador (o, lo que es lo mismo, en una prohibición de remitirse al reglamento para las materias reservadas) y la referencia constitucional a materias concretas hacen, cuando menos, inconveniente y perturbadora la utilización de un mismo término para designar dos modos parcialmente distintos de la articulación entre Ley y reglamento. En una y otra de estas modalidades el reglamento sólo es posible, cuando lo es, como complemento y desarrollo de una previa normativa legal, pero en tanto que en el caso de las auténticas «reservas» el ámbito mínimo de la regulación legal previa está constitucionalmente delimitado por referencia a una determinada «materia», en la segunda, en lo que afecta a las leyes que inciden sobre la libertad o la propiedad, pero no sobre uno de los ámbitos

---

(42) A. GARRORENA: *op. cit.*, pág. 103.

(43) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, 1983, espec. págs. 244-249.

de libertad especialmente protegidos ni sobre el núcleo de la institución dominical, la Constitución no permite inferir directamente cuál ha de ser el contenido mínimo de la Ley. Por eso, en el primer caso, sólo el legislador puede infringir directamente la Constitución (el reglamento sólo puede violarla, como ya hemos indicado, de manera mediata o indirecta, por ser ilegal o haberse producido al amparo de una Ley inconstitucional), en tanto que, en el segundo, el reglamento que imponga obligaciones o cargas no autorizadas por la Ley podrá tacharse de ilegal, pero difícilmente podría invalidarse la Ley misma por no haber procedido a regular una materia que la Constitución no le obliga a regular. Esta es la razón por la que me parece preferible apelar en estos supuestos al principio de legalidad, no a la idea de reserva.

Por normas que afectan a la libertad o propiedad de los ciudadanos o que implican la «sujeción general» de éstos a la Administración se entienden, como es claro, dejando de lado todas aquellas que regulan las relaciones *inter privatos*, las normas que restringen de uno u otro modo la libertad o imponen cargas económicas, y más concretamente, en lo que aquí interesa, aquellas normas cuya ejecución por la Administración da lugar a lo que, según una terminología muy extendida, se denominan actos de gravamen.

Los argumentos con los que se sostiene la necesidad constitucional de que sea la propia Ley la que establece estas normas, sin perjuicio de remitirse al Reglamento para su desarrollo, son muy variadas. En unos casos se apela al «principio de libertad» consagrado como valor fundamental de nuestro ordenamiento en el artículo primero de la Constitución; en otros, al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y a la reserva que, respecto de todos ellos, se hace en el artículo 53.1. Sin negar el mérito de estas razones, que yo mismo he utilizado ocasionalmente, hoy, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, me parece que, por encima de todas ellas, con una fuerza irresistible, se ofrece la que deriva del artículo 25 de la Constitución, que no es, por lo demás, sino una reiteración del mismo principio de legalidad. Como este precepto, en la feliz interpretación que de él ha hecho el Tribunal Constitucional (44), exige que sea una norma de rango legal la que determina, al menos en lo esencial, cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones puede aplicar la Administración, es evidente, creo, que una habilitación general a ésta que diera lugar a un reglamento en el que se impusieran obligaciones o cargas en ningún caso permitiría que el reglamento

(44) Aunque ya en decisiones anteriores (así las sentencias 77/1983 y 87/1985) el Tribunal había afirmado inequívocamente el principio, éste se desarrolla sobre todo a partir de 1987: SSTC 2/1987, 42/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, etc. La exposición más completa se hace en STC 42/1987.

mismo tipificase como conducta punible la de quienes no cumplieren con las unas o las otras y, menos aún, previese su sanción.

El problema que hoy plantea la limitación de la potestad reglamentaria no es, por lo demás, éste. En ningún Estado constitucional se cuestiona hoy seriamente que sea el legislador el único legitimado para obligar a los ciudadanos. El problema real, el que más preocupa a nuestra doctrina como a la de todos los Estados de nuestro entorno, es el que viene del hecho bien conocido de que en el Estado social, a diferencia de lo que acaecía en el Estado liberal del pasado, la incidencia del poder sobre la libertad real y la situación patrimonial de los ciudadanos no se opera sólo y tal vez ni principalmente mediante el ejercicio del *imperium*, imponiéndoles obligaciones y deberes de una u otra clase, cuyo incumplimiento sanciona, sino ofreciéndoles medios que en la práctica resultan muchas veces indispensables para lo que, por utilizar una categoría omnicomprendiva que nos ahorre entrar en detalles, llamaremos el pleno desarrollo de su personalidad. Desde la educación, la sanidad o la seguridad social, desde las diversas actividades de fomento y a través de planes de vivienda o de reconversión industrial, la Administración condiciona nuestra existencia como proveedora de bienes tanto al menos como en su actividad de policía.

Es claro que, entendido el Presupuesto, según hoy es obligado, como Ley, no cabe decir que en el ejercicio de esta función de «procura existencial» la Administración no actúe en virtud de una habilitación legal. La cuestión es la de si, además de esa autorización para gastar, incluso referida genéricamente a un fin determinado, ha de ser la Ley misma la que fija, al menos en sus grandes líneas, los criterios a los que la Administración ha de ajustarse en la persecución de la finalidad más o menos precisada en la rúbrica de la partida presupuestaria.

Por razones de tiempo y espacio no puedo aquí intentar siquiera un resumen del debate doctrinal sobre la materia y menos aún, también por otras razones, aventurar ninguna idea propia. En lo que toca a los derechos de prestación y en general a todas las actuaciones administrativas que se conectan con los «principios rectores de la política social y económica» enumerados en el capítulo III del título I de la Constitución, me parece claro que la exigencia de una Ley que no sea simplemente la de los Presupuestos deriva claramente tanto de lo que dispone el artículo 53.3 de aquélla como del rango de derechos constitucionales (que no fundamentales) que a los derechos nacidos de esas leyes de desarrollo se ha de atribuir para dotar de sentido al *dictum* del artículo 149.1.1. La práctica seguida desde 1978 confirma, por lo demás, esta tesis. Más discutible y discutida es, seguramente, la necesidad de Ley previa en las actuaciones puramente subvencionales en cuanto que con ellas

no se condicione el ejercicio de derechos fundamentales (45). Sobre ello no puedo hacer otra cosa que remitirme a la literatura ya existente (46), para entrar, por fin, en la *vexata quaestio* de la Ley material.

## VI. LA «MATERIA» DE LA LEY

Permítaseme recordar brevemente, para comenzar, los términos en los que yo proponía, hace ya casi diez años, la conveniencia e incluso la necesidad de construir un concepto de Ley que permitiera dar respuesta a los problemas que la aplicación de nuestra Constitución plantea.

La propuesta se hizo en una conferencia (47) en la que, con mayor o menor fortuna, sostuve que, en razón de la introducción de la jurisdicción constitucional y de la multiplicación de los tipos de Ley en nuestra Constitución, los criterios hasta ahora utilizados para la definición de la Ley han quedado poco menos que destruidos; afirmé también que, por las mismas razones, el concepto puramente formal de Ley, a la manera de Carré de Malberg, ni es congruente con nuestro sistema constitucional (una opinión con la que Ignacio de Otto coincide) ni da respuesta al problema que plantea la reserva de Ley, como categoría general, es decir, la existencia de unas materias cuya regulación no puede ser entregada por el legislador al reglamento mediante un apoderamiento genérico. Tras ella afirmaba mi convencimiento de que era necesaria «la reintroducción, de uno u otro modo, de un concepto material de Ley, cuya forma clásica se apoyaba en supuestos que hoy ya no existen en los sistemas constitucionales democráticos y que desde luego no existen en el nuestro». Esta última afirmación que ahora subrayo, y que en mi conferencia explicaba con razones que coinciden en lo sustancial con las que más tarde y más extensamente expuso De Otto, me dispensa de la necesidad de defenderme frente a la imputación de haber pretendido jamás resucitar entre nosotros el concepto dual de Ley para exonerar al Gobierno de la necesidad de habilitación legal en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

(45) Sobre el régimen jurídico de las subvenciones, la obra más completa es la de G. FERNÁNDEZ FARRERES *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983.

(46) Un buen resumen de toda esta literatura, en la que hay que destacar sobre todo la obra de S. MARTÍN-RETORTILLO, puede verse en el muy útil libro de J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, 1991.

(47) El texto de esta conferencia, que dicté en las Primeras Jornadas Jurídicas de Lérida, fue publicado en el *Anuario de la Facultad de Derecho del Estudi General de Lleida*, (págs. 27-41) y recogido después en la «Revista de Administración Pública», núms. 100-102 (vol. I), págs. 427-432.

Mi intención implícita y explícita ha sido siempre no ya sólo la de combatir cualquier interpretación de la Constitución que lleve a sostener la existencia de un ámbito de actuación del poder no sometido al principio de legalidad (48), sino, más allá de ello, impedir un entendimiento puramente ritual o formal de este principio que, considerándolo cumplido con una simple «autorización» emanada del legislador, haga tabla rasa del Estado de Derecho y abola en la práctica todo vestigio de separación de poderes, permitiendo que la Administración cree con entera libertad las normas, generales o no, que ella misma ha de aplicar.

En un punto sí he rectificado mi postura inicial. Por razones que, por así decir, incubaba desde hace tiempo, pero que me han parecido evidentes sobre todo al redactar este trabajo, en donde, con algún desorden, quedan expuestas, no creo hoy que la relación entre Ley y reglamento que nuestra Constitución impone pueda y deba explicarse sólo a partir de la idea de reserva. En primer lugar, claro está, porque el empleo de esta categoría sólo es posible, en rigor, si, frente o junto a las materias reservadas, existen otras que no lo están, y sobre las cuales, en consecuencia, la potestad reglamentaria puede ejercerse sin otro límite que el que, eventual, pero no necesariamente, resulte de la «congelación de rango» de su regulación parcial o total. Es ésta la conclusión a la que, con absoluto rigor lógico, llega Ignacio de Otto y de la que, como ya he explicado antes, disiento. En segundo lugar, aunque no con menor fuerza, porque la utilización de una misma categoría para hacer referencia a todas aquellas materias (o, más precisamente, regulaciones materiales) que el legislador debe acometer por sí mismo, sin remitirse al reglamento, salvo en lo secundario, instrumental o complementario, encubre la enorme diferencia que media entre aquellos supuestos (los de las auténticas reservas) en los que esta necesidad de intervención es un deber que la Constitución impone al legislador en relación con determinadas materias y aquellos otros en los que tal necesidad, aunque derive de la interpretación del texto constitucional, no se encuentra explicitada, en relación con la materia regulada, en precepto alguno de aquél. Si en las materias cuya regulación reserva la Constitución a la Ley no cupiese remisión alguna al legislador y ésta fuese posible siempre en las materias «no reservadas», cabría utilizar la noción de reserva como

---

(48) Excusado es decir que esta inexistencia de ámbitos exentos no significa en modo alguno ni que el Gobierno requiera de habilitación legal para llevar a cabo las tareas que la Constitución le confiere en exclusiva (en especial las que se enumeran en la primera frase del artículo 97 CE) ni que haya de transformar en proyectos de ley todas sus iniciativas. Sobre la función de Gobierno, véase I. DE OTTO: *La posición constitucional del Gobierno*, «Documentación Administrativa», núm. 188, págs. 139-182, espec. 170-181, y L. LÓPEZ GUERRA: *Funciones del Gobierno y dirección política*, «Documentación Administrativa», núm. 215, págs. 15-41, espec. 28 y sigs.

categoría genérica, para distinguir como especies diversas de ella la «absoluta» y la «relativa». Como bien se sabe, sin embargo, no se da el supuesto básico indispensable para tal construcción, pues el Tribunal Constitucional ha admitido reiteradamente la remisión al reglamento en materias reservadas a la Ley (49).

La inclusión, bajo una denominación única, de dos tipos de relación en algún modo distintos no es sólo una falta de precisión terminológica que sólo por un prurito de rigor académico se intenta evitar; impide también percibir una diferencia de régimen jurídico. A mi juicio, como ya he apuntado antes, en tanto que las leyes que regulan materias reservadas pueden ser invalidadas cuando remiten al reglamento cuestiones que no sean puramente accesorias y complementarias de las determinaciones ya contenidas en la misma Ley, no será fácil, a mi juicio, que prospere una tacha de inconstitucionalidad elevada frente a las leyes que se dicten en materias no reservadas, por amplia que sea la remisión que éstas hagan al reglamento. Este podrá ser declarado inválido por contener preceptos que sólo el legislador puede constitucionalmente adoptar, pues los tribunales del orden contencioso-administrativo han de controlar que el ejercicio de la potestad reglamentaria se hace de acuerdo con la Constitución, no sólo de acuerdo con la Ley; pero ilegal, en rigor, no es (50).

El principio de legalidad exige que sea la Ley, no el reglamento, la fuente de las normas que imponen a los ciudadanos cualquier género de obligaciones y cargas, la que crea los derechos de prestación que no se incluyen entre los fundamentales y, de manera más laxa e inconcreta, que trace las grandes líneas de la actividad subvencional y, más en general, de la actividad de fomento. El ámbito necesario de la Ley no abarca toda la creación de Derecho escrito, pero no se reduce en modo alguno al conjunto de las reservas concretas que la Constitución establece y por eso no cabe sostener que lo único que el legislador ha de hacer es dictar, respecto de ellas, «algo que merezca el nombre de regulación» (51). Es verdad que cuando no satisface este deber, su obra puede ser invalidada, pero no puede afirmarse, sin incurrir en un *non sequitur*, que en todo lo demás el poder reglamentario puede actuar con entera libertad, sin necesidad de Ley previa alguna, o apoderado sólo por una norma

---

(49) Cfr., por ejemplo, STC 83/1984. Incluso en el caso de normas penales, el TC ha admitido la remisión en el caso de tipos «abierto» (SSTC 18/1981, 62/1982, 50/1983 y 2/1987).

(50) No cabe, por el contrario, invalidar un reglamento sin cuestionar ante el Tribunal Constitucional la Ley en cuyo desarrollo se dictó cuando el fundamento de la invalidación no está en una falta de regulación legal, sino precisamente en la reproducción reglamentaria de estas precisiones legales (cfr. STC 86/1985).

(51) Cfr. I. DE OTTO: *op. cit.*, pág. 167.



legal que lo habilita para actuar en el sentido que quiera, o que le permita disponer de unas dotaciones presupuestarias. También en las materias no «reservadas» ha de ser la Ley la que «regule» en lo esencial los derechos y las obligaciones de los ciudadanos.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de las materias reservadas, sin embargo, el contenido mínimo de esta regulación no puede ser deducido del ámbito material que la Constitución garantiza; sólo cabe determinarlo, por referencia a la «estructura» propia de la Ley, a un concepto material de ésta. Este concepto es desde luego necesario también en relación con las materias reservadas. Dilucidar si un enunciado o conjunto de enunciados de forma legal merecen el nombre de «regulación» es tarea que obviamente carecería de sentido si cualquier enunciado legal, fuese cual fuese su contenido, hubiera de ser aceptado como «regulación» o, dicho de otra forma, si no se entendiese que la «regulación» es una «materia», no una simple forma. La equívocidad del adjetivo «material» permite jugar con las palabras e intentar una solución del problema aludiendo a las materias que han de ser reguladas y no a la estructura necesaria de la Ley que las regula. Por eso es respecto de las «materias» no reservadas expresamente a la Ley en donde la conveniencia de un concepto material de ésta se hace más patente.

La doctrina sobre el concepto material de la Ley ha utilizado también el adjetivo en un doble sentido: como referencia al ámbito propio de la Ley (la libertad y la propiedad) y como designación de la estructura necesaria de ésta (generalidad y abstracción). Es, claro está, en este segundo sentido en el que yo he preconizado la conveniencia de volver a una concepción material de la Ley.

Con este repaso no trato de poner en cuestión, en modo alguno, la naturaleza jurídica o la fuerza vinculante de las leyes puramente formales, tanto cuando tienen un contenido deóntico palmario (52) como cuando ese contenido es más difícilmente aprehensible. Lo que sostenía y sostengo ahora con mayor convicción es que la Ley, que no se limita a hacer posible una actuación del Gobierno que sin ella no lo sería, sino que incide directamente sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, ha de tener necesariamente una estructura material determinada; que no es Ley, a estos efectos, una decisión singular.

Esta reconstrucción del concepto de Ley es, desde luego, una empresa

---

(52) Como es evidente, la autorización (como la prohibición, el mandato o el permiso) es una proposición deóntica que no puede ser general si su destinatario es único. La Ley de Presupuestos, como simple autorización de gasto, no deja por ello de ser Ley. Cosa bien distinta es que una autorización pueda generar directamente derechos y menos aún obligaciones para quienes no son sus destinatarios.

plagada de dificultades cuya superación no está seguramente al alcance de mis fuerzas. Entre tales dificultades no se encuentra, sin embargo, con absoluta certeza, la que surgiría del hecho de abrir por esta vía al Gobierno y a la Administración un campo de acción libre, no sujeta al Derecho y a la Ley y de crear, con ello, un riesgo para la libertad. De lo que se trata es justamente de lo contrario, de volver a una categoría básica del Estado de Derecho, cuya sustancia es precisamente la garantía de la libertad.

En un ensayo publicado treinta años antes de mi conferencia, y que yo en aquel momento no conocía, Max Imboden, con una argumentación infinitamente más sólida y más construida, había sostenido la misma tesis en un trabajo cuyo título describe perfectamente el contenido (53).

No es, por lo demás, ni en su caso ni en el mío, una tesis original, ni revolucionaria ni iconoclasta; tampoco, sin embargo, reaccionaria o conservadora, en la medida en la que todos estos adjetivos conserven aún un sentido discernible y no se hayan convertido simplemente en epítetos para designar lo que a cada cual le parece malo o bueno. Se trata únicamente de recordar que toda la arquitectura del Estado de Derecho bajo la cual seguimos o pretendemos seguir cobijados está construida con unos materiales de los que no podemos prescindir sin arruinarla. Lo que define al Estado de Derecho no es una finalidad determinada, que también podría perseguir con éxito el filósofo-rey platónico, sino una determinada estructura destinada a protegernos de cuantos tiranos, más o menos bien intencionados (y la conciencia subjetiva del tirano está llena seguramente, en muchos casos, de nobles ideales y elevados anhelos), pretenden hacernos libres y felices a pesar nuestro. Este recordatorio se ha hecho muchas veces. Bien conocidas son las páginas de Carl Schmitt (54), a las que ahora no voy a recurrir, aunque la verdad es la

(53) M. IMBODEN: *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, Basilea, 1954; recogido en *Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge*, Basilea y Stuttgart, 1971, págs. 3-33). La tesis de Imboden está, por lo demás, bastante generalizada en la doctrina suiza. Véase, por ejemplo, W. KAEGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich, 1945. Para Kaegi, «es indiferente que la absolutización del poder del Estado se haga en favor de la Monarquía (o del *Führerstaat*), o del Parlamento o de la democracia de masas; la voluntad absolutista se dota de formas de expresión absolutas, es decir, precisamente de leyes que no están determinadas por su contenido normativo, sino por contener mandatos (generales o concretos) del Soberano, de la Legislatura o de la mayoría del momento» (pág. 17).

(54) Especialmente en *Legalität und Legitimität* (1932), *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44), *Das Problem der Legalität* (1950) y *Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug* (1952), además, claro está, del célebre capítulo 13 de la segunda parte de la *Teoría de la Constitución*. Los trabajos citados están recogidos en *Verfassungsrechtliche Aufsätze. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958. De algunos de ellos, así como de la *Teoría de la Constitución*, hay excelentes traducciones castellanas.

verdad, dígala Agamenón o su porquero. De cita menos frecuente entre nosotros es el análisis de Rudolf Smend, que conecta la distinción entre Ley material y Ley formal (para la que, dice, no se ha logrado aún una elaboración teórica que resulte satisfactoria) (55) con los «dos aspectos de la vida espiritual, íntimamente ligados entre sí, pero cerrados cada uno en sí mismo y destinados a servir cada uno a la realización de un valor espiritual específico» que son el Estado y el Derecho (56). El poder legislativo se encuentra mucho más íntimamente ligado que el judicial al sistema político, pero desempeña también un papel esencial en el sistema jurídico (57). Por eso, si bien desde el punto de vista de la separación de poderes (quizá, habría que decir, desde el punto de vista del equilibrio entre los poderes) la Ley se define por su forma, es decir, por su procedencia, cuando se trata de las funciones de la vida jurídica la concepción relevante es la material, la que ve en la Ley la norma de aplicación general (58).

Ni Schmitt ni Smend son de ninguna manera continuadores de Laband, ni su apelación a una concepción material de la Ley guarda relación alguna con la visión de la relación entre legislativo y ejecutivo propia del «constitucionalismo tardío», como muy claramente resulta, creo, de las frases de Smend que acabo de citar. Esa visión labandiana, en cuanto que contamina políticamente al concepto material de la Ley, más bien constituye un obstáculo para su aceptación, que sin embargo entre nosotros no debería tropezar en esa piedra (59).

De hecho, la identificación de Ley y norma general tiene una tradición al menos bimilenaria y sigue, por supuesto, absolutamente viva en la concepción material de la Ley que subyace, como ya hemos visto en la noción del principio de legalidad, como principio de juridicidad. El problema no es éste, sino el que resulta del hecho de que, erigido el órgano titular del poder legislativo en órgano supremo del Estado, esta condición soberana o, si se prefiere, suprema bajo la Constitución, lo autoriza para dictar también decisiones no generales, es decir, actos singulares.

Los primeros teóricos de la separación de poderes, tras la dura experiencia del Parlamento Largo, sostuvieron, con el vigor que siempre tienen las formulaciones primerizas, la necesidad absoluta de que el Parlamento se limitase a legislar, pues de otro modo no era posible la libertad ni la seguridad de

(55) R. SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, pág. 159.

(56) *Ibidem*, pag. 155.

(57) *Ibidem*, pag. 157.

(58) *Ibidem*, pag. 158.

(59) Véase, en este sentido, M. IMBODEN: *op. cit.*, págs. 8, 10, 17 y 22. También, HAYEK: *Derecho, legislación y libertad*, vol., I, Madrid, 1985, págs. 261, 275 *passim*.

quienes, en aquella época, se llamaban aún súbditos. Esta idea, cuyas primeras formulaciones explícitas se encuentran en la doctrina de los Levelers (60), se reitera después en un debate interminable que llega hasta nuestros días (61). En él, la concepción material de la Ley, esto es, la concepción de ésta como norma general y abstracta, opera siempre, claro está, como un límite al poder del legislador, pero la finalidad por la que esta limitación se preconiza no es siempre la misma. En unos casos se trata de la finalidad originaria, del aseguramiento de la libertad; en otros muchos, una vez afirmado el principio democrático como único principio de legitimidad y garantizada con ello la plena sumisión del Gobierno a la representación popular, al Parlamento, la preocupación por reducir la función de éste a la elaboración y aprobación de leyes generales está inspirada por el deseo de hacer posible la tarea de aquél, del Gobierno, protegiéndolo contra las decisiones particulares (incluso simples nombramientos) con las que un Parlamento «soberano» puede interferir su actuación. Este empeño perfectamente explicable y justificado de hacer posible la labor del Gobierno frente a los excesos del parlamentarismo «monista» que encarnaron la Tercera República francesa y la Segunda República española, es claramente perceptible todavía hoy entre nosotros en los variados intentos de definir materialmente la función de Gobierno. Nada hay que oponer, en principio, a esa legítima voluntad de eficacia (62). Lo que se entiende mal y parece menos aceptable es que esa voluntad, que se rebela, con razón, frente a los intentos (por lo demás, siempre infructuosos, dada la relación real entre Cortes y Gobierno) de llevar a las Cortes decisiones que sólo el Gobierno debe adoptar, asumiendo su responsabilidad, considere, sin

---

(60) Cfr. M. J. C. VILE: *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967, págs. 43 y sigs.

(61) La mejor exposición de conjunto sobre el tema es, a mi conocimiento, el libro de Vile citado en la nota anterior.

(62) Estos intentos de definición «material» de la función de Gobierno, e incluso de delimitar una «reserva de Administración», que siguen a los muy numerosos y brillantes dirigidos a delimitar la «reserva de jurisdicción» (es decir, una concepción material de esta función del Estado), conducen inevitablemente a configurar la legislación como una función residual, como toda aquella actuación del poder que no es ni jurisdicción ni Gobierno y Administración. El resultado es, a mi juicio, lógicamente absurdo. La concepción «residual» de la función ejecutiva era lógicamente compatible con una concepción puramente formal de la Ley justamente porque se trataba de una función subordinada; la supremacía de la Ley hace, por el contrario, imposible entenderla como todo aquello que no es jurisdicción o administración porque estas funciones no pueden ser definidas, a su vez, si no es por referencia a la legislación.

Cuestión conectada con la anterior, y de la que aquí no podemos ocuparnos, es la de las consecuencias que entraña para la vida de los Parlamentos y para su prestigio la decisión constitucional de encomendarles la realización de «actos» (v.gr., nombramientos) para los que su propia naturaleza resulta escasamente adecuada.

embargo, enteramente admisible la ilimitación del poder legislativo frente al ciudadano, al que podría obligar no sólo mediante normas generales y abstractas, sino también mediante decisiones concretas, particulares y hasta singulares.

La necesidad de estas «medidas» se sostiene, por lo común, con el famoso argumento del Estado social: su legitimidad, desde el punto de vista de la justicia, es decir, del Derecho, aludiendo al control del legislador por la jurisdicción constitucional. Ninguno de estos argumentos permite, sin embargo, a mi juicio, hacer tabla rasa de la idea de generalidad como estructura necesaria de la Ley, aunque ambos obliguen a matizarla.

Que el Estado social no es, a diferencia del Estado liberal, una simple instancia de regulación que se limita a establecer, concretando el *nomos*, las reglas de comportamiento de los ciudadanos y a garantizar su observancia es cosa bien sabida. El Estado no ha dejado de ser esa instancia reguladora, pero hoy es, además, una organización que persigue fines propios, entre los que se encuentra, muy destacadamente, el de modificar la estructura social y económica. Ni el monumental esfuerzo teórico de Hayek, ni el auge de la *deregulation*, ni el triunfo de la economía de mercado pueden invertir una tendencia histórica que no es producto sólo de ideologías más o menos epocales, sino también y quizá sobre todo de una modificación de las condiciones reales en las que se desenvuelve la vida de los hombres; de la demografía, entre otras cosas.

Esta necesidad de intervenir activamente en la dinámica social hace imposible hoy seguramente legislar siempre en términos de absoluta generalidad, atendiendo exclusivamente a los términos típicos de la relación que se quiere regular, sin tomar en consideración la coyuntura económica, la situación concreta de los hombres vinculados por ella y la naturaleza de la actividad a que da lugar, o de los bienes a los que ésta afecta. Ni las leyes de vigencia temporal limitada ni las que favorecen a un sector concreto de la sociedad o fomentan unas actividades y obstaculizan otras pueden ser consideradas en nuestro tiempo como fenómenos aberrantes. En contra de lo que a veces se dice, ni siquiera en el terreno de los derechos fundamentales cabe excluir la posibilidad de leyes que no sean absolutamente generales, en el sentido tradicional. Esta generalidad es inexcusable en los derechos de libertad, respecto de los que sólo cabe la parificación total (63), pero no resulta igualmente necesaria (y a veces es imposible) en los derechos de prestación. Una regula-

---

(63) Es éste, creo, el sentido que ha de darse a la afirmación que hace J. A. SANTAMARÍA en sus *Apuntes de Derecho Administrativo* (Madrid, 1986) de que el «carácter general es también un requisito implícito, pero evidente, para todas las leyes que regulen los derechos fundamenta-

ción absolutamente general del derecho a la educación (incluidas las becas y las tasas académicas) es incompatible con el propósito de asegurar la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, e incluso el acceso a la justicia tolera regulaciones diferenciales (64). Ciertamente estas regulaciones diferenciales no eran desconocidas en el Estado liberal y no se piensa en ellas cuando se habla de las famosas Leyes-medida. Sin embargo, estructuralmente son equivalentes; en todos los casos se trata de incorporar a la regulación, como elemento relevante de ésta, consideraciones «particulares» que establecen una distinción entre unos y otros no en atención a su situación en una determinada relación jurídica (que es la misma para todos), sino como derivación de su propia y concreta situación social. En todos los casos, la razón de ser está en la voluntad de alcanzar una determinada finalidad y no en una abstracta consideración de justicia, aunque la conexión entre ésta y la finalidad perseguida resulte más patente en unos casos que en otros.

Todo esto es (o me parece) verdad, aunque no sea indiscutible y podamos (y debemos) mantener siempre abierta la cuestión acerca del grado de intensidad de la intervención estatal compatible con el mantenimiento de una sociedad libre. La aceptación de una legislación particularizada y coyuntural mediante la que el Estado altera las reglas del juego social o crea reglas que no se aplican a todos por igual no puede hacerse, sin embargo, en términos tales que se hayan de sacrificar, en aras de las finalidades que una legislatura estima deseables, los fundamentos sobre los que se asienta el Estado y reposa la legitimidad del poder de esos mismos legisladores. La generalidad absoluta puede romperse en atención a situaciones reales y concretas, pero estas situaciones reales han de ser definidas por el legislador en términos abstractos. Como después hemos de ver, sólo la abstracción de la Ley hace posible la

---

les». La afirmación se encuentra en la página 416 de este libro, cuya excelencia refleja mal la —para mí inexplicable— modestia de su título.

Este es también, creo, el sentido que debe atribuirse a la enfática declaración del Tribunal Constitucional de que «los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, leyes singulares que tengan el específico objetivo de condicionar o restringir su ejercicio; *dichos derechos son materia reservada a leyes generales y reducto immune a medidas legislativas singulares*». (La cursiva es mía.)

La sentencia que incluye esta declaración (STC 166/1986) acepta, sin embargo, la legitimidad de una Ley expropiatoria singular a partir de la tesis de que la propiedad privada no es un derecho fundamental. Esta identificación de derechos fundamentales con derechos protegidos por el recurso de amparo, de la que expresamente disentí en la STC 26/1987, se debilita ya en sentencias posteriores (SSTC 37/1987 y otras).

(64) Cfr., por ejemplo, SSTC 3/1983, 9/1983, 14/1983 y otras muchas en el mismo sentido, que han admitido la diferencia de trato a empresarios y trabajadores, aunque eliminando algunos extremos de este régimen diferencial.

actuación de la jurisdicción constitucional, pero al margen de ello, es evidente que sólo una definición abstracta de las condiciones o situaciones en razón de la cual se atribuyen determinados derechos, o se limitan o restringen los que fuera de ellas se tendrían, hace necesaria una actuación administrativa de aplicación, y sólo así esta actividad de la Administración puede ser controlada por el juez. Una cosa es, para poner un ejemplo trivial, pero no absolutamente imaginario, que la Ley defina, en abstracto, cuáles son las características materiales en razón de las que determinadas zonas pueden ser declaradas objeto de especial protección, dejando que sea la Administración la que aplica la norma, y otra bien distinta establecer mediante Ley, y en ausencia de toda definición abstracta previa, un régimen jurídico que elimina o restringe las facultades dominicales que recaen sobre determinados predios (65). En este segundo caso, la actuación administrativa, en la medida en la que sea necesaria, consiste en la puesta en práctica de una decisión concreta, no en la aplicación de una norma y, en consecuencia, no implica examen alguno de la concurrencia en el caso de los rasgos establecidos en términos genéricos por el legislador que pueda ser controlada por el juez. La función protectora de éste se verá además tanto más debilitada cuanto que, a partir de una concepción puramente formal de la Ley, le será difícil ni siquiera cuestionar la constitucionalidad de una disposición legal de esa estructura.

Para garantizar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes no basta, en efecto, con atribuir a todos los jueces y tribunales la facultad de cuestionarla y a uno (o a todos) la de apreciarla. Es necesario además que la estructura de la Ley haga posible este control, y, al menos en relación con el principio de igualdad (por lo demás, el más poderoso instrumento que la Constitución pone en manos del juez), éste no es posible cuando la formulación legal no permite al juez apreciar si ésta incluye situaciones que, en atención a su finalidad, deberían quedar excluidas o, por el contrario, excluye otras que debió incluir, o, por último y sobre todo, mantiene una adecuada proporcionalidad entre las diferencias fácticas que toma en cuenta para establecer un régimen jurídico que se aparta del común y la intensidad de esa desviación (66). Dicho de otro modo: si el principio de igualdad sólo admite las

---

(65) La exigencia de que el acto de aplicación de la delimitación legal previamente establecida en términos genéricos se haga también en forma de Ley, que generalmente se explica por el deseo de maximalizar las garantías de los ciudadanos, no es hoy seguramente una técnica adecuada para conseguir esa finalidad y plantea un problema dogmático de no fácil solución. Sobre la cuestión, con referencia a la exigencia de Ley para determinar las Congregaciones autorizadas en la época de la Tercera República, véase R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution...*, cit., t. I, págs. 356-366. La técnica es de frecuente uso entre nosotros en muy distintos ámbitos, por ejemplo, el de la enseñanza universitaria.

(66) La noción de proporcionalidad, de uso cada vez más frecuente por el Tribunal Cons-

diferencias de régimen jurídico que tengan una justificación racional y objetiva, es indispensable que las normas que establecen un régimen diferenciado (cuando se trata de un régimen uniforme, como es obvio, la generalidad *va de soi*) estén redactadas en términos que, efectivamente, hagan posible la comparación, sin la cual jamás podrá determinarse la objetividad y racionalidad (o razonabilidad) de la diferenciación.

Aun aceptando que las consecuencias a las que se llega a partir del concepto material de Ley son las mismas que se alcanzan simplemente con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que violan el principio de igualdad (67), es necesario que la Ley haga posible su invalidación, y esta posibilidad no existe cuando se trata de leyes de caso único, de simples medidas que se adoptan por referencia, no a un género de personas, o bienes o situaciones, sino a un caso concreto, se prediquen o no de él las razones por las que se adopta la medida. La Ley singular sólo es posible cuando no existe nadie que pueda juzgar sobre su validez (68). Cuando, por el contrario, la Constitución sujeta al control judicial la validez de las leyes, éstas sólo son constitucionalmente lícitas en la medida en la que no se excluyan a sí mismas *a priori* de este control. Si es precisamente la erosión del concepto de Ley como norma general y abstracta, e incluso como «ordenación de la razón», la que explica el surgimiento y la generalización de la jurisdicción constitucional (69), es la existencia misma de esta jurisdicción la que exige que las leyes tengan una estructura abstracta, sin la cual se burlaría el control jurisdiccional. La jurisdicción constitucional no hace inservible el concepto material de Ley; lo postula.

---

titucional, se ha empleado tanto en relación con derechos fundamentales concretos (SSTC 26/1981, 13/1985 y 37/1989) como en relación con la igualdad (SSTC 209/1988 y 45/1989, entre otras).

(67) I. DE OTTO: *op. cit.*, págs. 167-168.

(68) R. CARRÉ DE MALBERG: *op. cit.*, vol. I, págs. 298-299. El principio de igualdad, dice, no tiene en el sistema francés de la Tercera República, en cuanto prescripción dirigida al legislador, otro alcance que el de una recomendación política: «... Au fond, tout cela signifie qu'en matière de décisions individuelles le législateur n'est limité que par ses propres sentiments d'équité et pour les considérations d'opportunité politique; au point de vue juridique, sa puissance est absolue».

(69) Cfr. SCHEUNER: *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats* (1960), recogido en *Rechtsstaatlichkeit und Sozialsstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, pág. 505.



## VII. CONCLUSION

La intervención constitucionalmente imperativa del Estado en los procesos sociales, el Estado social de Derecho que nuestra Constitución consagra, conlleva la existencia de leyes que no son generales en cuanto que no van dirigidas simplemente a regular la conducta de los individuos en abstracto. La ruptura de la generalidad, en el sentido más pleno del término, no implica, sin embargo, que el legislador pueda prescindir también de la definición abstracta de las situaciones que regula. Sólo de ese modo puede el juez contencioso-administrativo controlar eficazmente la actuación administrativa y defenderse en consecuencia el ciudadano frente a las intromisiones ilícitas de la Administración. Sólo así puede también el juez constitucional examinar la adecuación de la Ley en la Constitución y pronunciarse sobre su validez. Sólo así quedan garantizadas, en definitiva, la libertad y la igualdad de los ciudadanos.

Es cierto que esta «legislación mediante conceptos» (70) no protege totalmente contra la arbitrariedad y que también las definiciones abstractas pueden utilizarse para delimitar artificiosamente grupos cuya composición concreta se conoce de antemano, de manera que la norma se dicta para unas personas, no para una situación. Una protección insuficiente es mejor, sin embargo, que ninguna protección, y los derechos de los ciudadanos se ven menos amenazados por el legislador omnipotente cuando éste se ve obligado, al menos para guardar las formas, a no reducirse a la simple «forma de Ley» y plasmar en una estructura normativa su voluntad. El Estado social condiciona el Estado de Derecho, pero no lo abole. La conciliación de ambas determinaciones no sólo es una exigencia ideológica, un postulado de política jurídica; para los juristas españoles es también, afortunadamente, un imperativo constitucional.

Esta conciliación implica la necesidad de que sea «material», esto es, dotada de una estructura necesaria que permita considerar como normas los

---

(70) El concepto (material) de Ley como norma construida mediante conceptos, por referencia a las circunstancias concretas de una persona o de un caso concreto, surge en la doctrina alemana, según Böckenförde, en la obra de ROTTECK (*Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaft*, Stuttgart, 1840) y es desarrollado sobre todo por R. VON MOHL en una obra tardía (*Staatsrecht, Völkerrecht, Politik*, Tübingen, 1862). Cfr. BÖCKENFÖRDE: *op. cit.*, págs. 101 y sigs., 182, 191 y 340.

Por lo demás, esta identificación entre Ley y regla abstracta se encuentra también en Rousseau y probablemente en nuestros propios clásicos, que tan mal conocemos, por lo general, los juristas de mi generación y, me temo, de las más jóvenes.

enunciados que la integran, la Ley que regula determinadas materias. Las expresamente reservadas a la Ley, en primer lugar, pero no sólo ellas. Las normas que afectan a los derechos y deberes de los ciudadanos han de tener también su origen en una Ley que sea algo más que una simple autorización al Gobierno para reglamentar con entera libertad un aspecto cualquiera de la vida de los hombres. La exigencia de Ley material, que abarca tanto las materias reservadas como aquellas otras en las que, por así decir, la intervención del legislador deriva exclusivamente del principio de legalidad, no tiene en ambos casos la misma intensidad y, sobre todo, no asegura en uno u otro con igual eficacia el control judicial. Sin duda, incluso en las materias no reservadas, el juez podrá inaplicar o invalidar el reglamento que establece constricciones no previstas en la Ley, e incluso considerar ilegítimos los condicionamientos a la adquisición de derechos que no hayan sido establecidos por el propio legislador (71), pero será difícil cuestionar la amplitud de la habilitación concedida. Esta diferencia en cuanto a la justiciabilidad no permite ignorar, sin embargo, que las reservas de Ley que nuestra Constitución consagra son una acentuación del principio de legalidad, no su eliminación.

Tampoco la distinción entre regulación en términos abstractos y mandatos concretos es siempre tan clara que la noción material de la Ley pueda considerarse como un instrumento infalible en manos del juez constitucional para anular las derogaciones singulares, no basadas en una justificación objetiva y razonable, que el legislador pretenda hacer del régimen común en favor o en contra de personas concretas, pero es la única vía actualmente utilizable para establecer alguna limitación a la facultad legislativa de derogar para supuestos concretos sus propias normas generales (72). El hecho de que el esfuerzo por sujetar el poder al Derecho no tenga siempre garantizado el éxito ni siquiera en el marco de una Constitución como la nuestra, en la que ese esfuerzo se lleva casi tan lejos como es posible, no dispensa al jurista de persistir en él. La elaboración teórica del principio de legalidad y del concepto de Ley es también una apelación al legislador (73).

(71) Cfr., en este sentido, SSTC 207/1989, 78/1990 y 4/1991.

(72) Es cierto que, por las razones que él mismo expone, el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos no puede entenderse aplicable en los mismos términos a la Ley, pero, a mi juicio, E. GARCÍA DE ENTERRÍA va demasiado lejos al afirmar (*Curso...*, cit., vol. I, pág. 208) que «el poder legislativo es, en cada momento y en todos ellos, libre, ilimitado, soberano». No lo es en modo alguno dentro de la Constitución, como él mejor que nadie nos ha enseñado.

(73) Cfr. Tf. ELLWEIN: *Gesetzgebung, Regierung Verwaltung*, en BENDA, MAIHOFFER y VOGEL (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts*, vol. II, Berlín, 1984, págs. 1099-1100.