



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

Discurso leído oralmente en el acto de concesión del doctorado honoris causa al Dr. Luis Cosculluela Montaner

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO VERTEBRADOR DEL ESTADO DE DERECHO: SU LENTA Y ACCIDENTADA INSTITUCIONALIZACIÓN EN ESPAÑA.

Quiero ante todo dejar constancia de la emoción que me embarga por la concesión de este honor por la Universidad de Córdoba, a la que por muchas razones he estado unido siempre, desde el curso 1982-83 en que me incorporé a su Facultad de Derecho, por mis relaciones con los profesores del Área de Derecho Administrativo y también con aquella promoción de estudiantes que fue la primera que estudio toda la carrera en esta Universidad. Por ello quiero, en primer lugar, agradecer a su Rector Magnífico el Dr. José Manuel Roldán, a su Junta de Gobierno, y a todo el Claustro de esta universidad el nombramiento como Doctor de esta querida Universidad.

También quiero mostrar mi agradecimiento a la Facultad de Derecho, que propuso este nombramiento, y al Departamento de Derecho Público y Económico que tuvo la iniciativa, y, por supuesto a mis queridos compañeros los Profesores de Derecho Administrativo, con los que llevo estudiando esta disciplina desde hace ya 28 años, deseando personificar mi gratitud en los catedráticos Dr. López Benítez y en quien hoy ha sido mi padrino, el Dr. Rebollo Puig, cuyas amables palabras en su *laudatio* solo pueden justificarse por la gran amistad que nos une.

Y es de justicia también que en este acto tenga un particular para los que han sido mis maestros: el Profesor García de Enterría, que es



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

también el maestro común de muchos de los aquí presentes, y el Profesor Sebastián Martín-Retortillo, tempranamente desaparecido. Debiendo agradecer profundamente la presencia en este acto de su viuda Dña. Teresa Rubio.

El trabajo elegido consta de dos partes; I.- El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho y II.- La consagración del Estado de Derecho en España. influencia de los juristas españoles de derecho público.

Aquí sólo voy a hacer un resumen de la primera parte.

I EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO VERTEBRADOR DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho se conecta históricamente a la aparición del constitucionalismo, cuyo *telos*, como sostiene LOEWENSTEIN, es la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. Esta idea, la del control, es como veremos a lo largo de mi exposición, la clave del Estado de Derecho. GARCÍA PELAYO distingue tres etapas en la formación del Estado de Derecho: primera, la consagración de la Ley como expresión de la voluntad general; segunda, el Derecho administrativo, como derecho garantizador del control del Poder; y tercera la Constitución es considerada como norma fundamental del Ordenamiento jurídico. Estas tres etapas se han sucedido históricamente, pero la sucesión no ha supuesto la exclusión de los valores de la etapa anterior, sino su superación o mejor la superposición de otros principios nuevos y más poderosos. Incluso podríamos ir más lejos, y afirmar que en la sucesión de esas etapas, a



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

veces, no ha habido que introducir principios nuevos, sino hacer efectivos los antiguos, dotarlos de eficacia.

La doctrina considera que el Estado de Derecho obedece a cuatro principios fundamentales: el reconocimiento de la soberanía popular, la división de poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales y el principio de legalidad. Aquí nos vamos a ocupar fundamentalmente de uno de ellos: el principio de legalidad; que se considera el resumen y corolario de los otros principios; pero debe advertirse que los cuatro principios señalados están interrelacionados.

A) Digamos, no obstante, que los dos primeros principios han tenido una distinta interpretación doctrinal y política. **La soberanía popular** fue la declaración que aparece en el frontispicio de cualquier Texto revolucionario que a finales del Siglo XVIII viene a afirmar la ruptura con el régimen del Estado absoluto. Así aparece en la Constitución de los Estados Unidos de América, en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la Declaración de Derechos del Pueblo de 1811 de Venezuela, y, por lo que particularmente nos interesa a nosotros, en la Constitución de Cádiz de 1812.

Pero la soberanía popular no fue admitida por el liberalismo doctrinario francés, ni por los juristas alemanes que consagraron la doctrina del principio monárquico, y, por tanto, no luce en la mayoría de las Constituciones que se elaboran en la Europa del XIX, y desde luego en España, donde la doctrina del liberalismo doctrinario tuvo gran influencia, por lo que sólo tres constituciones españolas del XIX consagran el principio de la soberanía popular. ¿Excluye este dato, por sí solo, la consagración del Estado de Derecho, en los períodos regidos por esas Constituciones, que no consagraron la soberanía popular?



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

Sin embargo, es cierto que en este principio de la soberanía popular se encuentra, en último término, la legitimación del ejercicio del poder, porque, el principio de soberanía popular enraíza el Poder en el Pueblo, a través de las elecciones periódicas, que legitiman la representación popular. Es decir, el principio de la soberanía popular, sostiene la legitimación del sistema democrático y obliga a que las decisiones políticas fundamentales emanen de órganos surgidos de la voluntad popular.

Ahora bien, el principio de soberanía popular, puede también tener otra traducción técnica más precisa: la reserva al Pueblo de la aprobación y reforma de la norma fundamental del Estado: la Constitución. Por lo que se refiere a las Constituciones españolas del XIX, sólo las de 1812, 1868 y la republicana de 1873 fueron constituciones rígidas, que regularon la reforma de las mismas (procedimiento que no se respetó en ningún caso en las reformas que sufrieron, pese a alguna declaración en contrario del nuevo Texto que la modificaba); mientras que las de 1837, 1845 y 1876, fueron constituciones flexibles, que al afirmar la doble titularidad de la soberanía de las Cortes con el Rey, no sintieron la necesidad de establecer dicha reforma. Lo que supone que la superlegalidad formal de la Constitución no estaba asegurada, y que si una ley llegaba a establecer reglas contrarias a lo dispuesto en la Constitución, no existía control jurisdiccional alguno.

B) El segundo principio es el de **la división de poderes**, que con distintas formulaciones ha sido recogido en todas las constituciones democráticas; pero dicho principio tampoco es estático, sino dinámico, y ofrece toda una serie de técnicas que no se encuentran en la formulación doctrinal de MONTESQUIEU. Bastaría recordar que el Poder legislativo presenta como tema capital, el de su configuración electiva, que durante grandes periodos del XIX se acomoda a la evolución del derecho de sufragio (el voto



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

censitario y su progresiva ampliación), y que más tarde se vería mediatizado por la aparición de los partidos políticos, cuyo papel en el funcionamiento del Parlamento era inimaginable en la formulación originaria de la teoría de la división de poderes.

Y en otro plano distinto, el significado de los derechos de participación popular directa en la función legislativa, abriría los cauces de la representación política como única forma de participación popular en la elaboración de las leyes. Del mismo modo que la aparición en el continente europeo de los Estados políticamente descentralizados: federales y regionales o autonómicos, que comparten con el Parlamento estatal el poder de aprobar leyes, rompería el significado originario de la ley, como expresión de la voluntad general formulada por los representantes de la Nación en el Parlamento, que tiene el monopolio de la producción de las leyes.

C) El tercero de los principios del Estado de Derecho es el **reconocimiento de los derechos fundamentales**. Desde que la Revolución francesa aprobó la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano de 1789, todas las Constituciones que merecen tal nombre contienen una relación de derechos fundamentales. Su reconocimiento representa la enunciación de un sistema de valores de la comunidad política, que dan sentido y legitiman el sistema político que se establece por el derecho positivo. Ciertamente, los derechos fundamentales han dado un salto importante desde los derechos individuales hacia los llamados derechos sociales, que en cuanto a su garantía jurídica, se formulan como principios de la política social y económica, que deben inspirar la actuación de todos los Poderes del Estado, y, por tanto, tienen una protección jurídica diversa a la de los derechos individuales.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

La garantía plena de los derechos fundamentales frente a la Administración Pública se establece en Europa por los Tribunales de Justicia, o Consejo de Estado en el modelo francés. Sin embargo, los derechos fundamentales no habían estado garantizados históricamente frente al Poder legislativo, es más el reconocimiento de los derechos fundamentales se hacía en el continente europeo en los términos de la ley reguladora, lo que se enfatizaba por la reserva de ley en la regulación de estos derechos. Sólo en la Constitución norteamericana los derechos se formularon sin acotación alguna.

Tras la segunda Guerra mundial la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de Bonn, y la Constitución española de 1978, corrigen el alcance de estas remisiones a la ley, en cuanto que deben respetar el contenido esencial de estos derechos. Cerrándose el sistema de garantías de estos derechos fundamentales por la creación de los Tribunales constitucionales, y la previsión de distintos recursos u otra vías de defensa de dichos derechos, que permitirán delimitar por el Tribunal Constitucional cual es el contenido esencial de cada derecho o libertad fundamental que debe respetar el legislador.

D) Pero como se ha dicho, el Estado de Derecho tiene como pieza jurídica fundamental la consagración del **imperio de la ley**. En este sentido el Estado de Derecho se conecta históricamente al Liberalismo, y se convierte en mandato en la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano, especialmente en los artículos 5, 6 y 7, en los que como indica GARCÍA de ENTERRIA la ley se perfila como el único título para exigir obediencia al ciudadano coartando su libertad. De ahí se seguirán, dos exigencias concretas de ley: la legalidad penal (que protege la libertad personal directamente) y la legalidad tributaria (que protege las rentas de



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

ciudadano frente a impuestos abusivos), a la que se agregarán inmediatamente otras como la exigencia de ley para regular la propiedad privada y las libertades individuales consagradas en la Constitución. El binomio libertad-propiedad es el eje de la vida social cuya protección se encomienda al Parlamento, lo que se traduce técnicamente en la doctrina de las materias reservadas a la ley, que se compendia en la exigencia de habilitación legal para toda medida que implica intervención en los derechos y libertades de los ciudadanos.

La ley se convierte así en la suprema garantía de esos derechos fundamentales, lo que se articula técnicamente por el principio de primacía de la ley y la reserva de ley. El principio de legalidad implica políticamente la sumisión a la ley de los otros dos Poderes: el Ejecutivo y el Judicial. La sumisión del Ejecutivo a la ley, quedará pronto formalmente asegurada. Sin embargo, tanto el liberalismo doctrinario, como el principio monárquico, al no reconocer el principio de la soberanía popular, introducirán al Poder Ejecutivo, en la persona del Rey, en la misma elaboración de la ley, atribuyéndole iniciativa legislativa, imponiendo el poder de veto y dotando de efecto constitutivo jurídico a la sanción real.

El principio de legalidad en el periodo inmediato que sigue a la Revolución francesa supone que las únicas normas que pueden dictarse son las leyes que apruebe la Asamblea legislativa, lo que se lleva a la propia Constitución de 1791, que en su art. 6 establece “el poder ejecutivo no puede dictar ninguna ley, ni aun provisional, sino únicamente declaraciones conforme a las leyes para ordenar o recordar su ejecución”. Lo que implica que el Poder Ejecutivo sólo puede ejecutar las leyes, y es la Asamblea, la que tiene el monopolio de la producción de leyes, donde se sitúan precisamente los representantes del Pueblo, que por diversas razones que por conocidas no es menester recordar aquí, son históricamente los representantes de la clase burguesa.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

De ahí, que la ideología liberal se convierta en defensora del impero de la ley, que expresa tres ideas clave: la supremacía de la ley sobre cualquier otra norma; la vinculación a la Ley de la Administración pública, y la vinculación a la ley de los jueces, que deben aplicarla, pero no enjuiciarla. De este modo la ley se convierte en garantía de los derechos individuales, que aparecen recogidos en las leyes, imponiéndose la exigencia de una ley para recortarlos y desde luego para privar de ellos a sus titulares.

Muy distinto es el caso del Reino Unido, en el que la ley no focaliza todo el sistema jurídico, asegurando su supremacía, sino que debe conciliarse con el *common law*, que permite la creación judicial del derecho, permitiendo que junto al derecho positivo elaborado a través de la ley, los jueces puedan defender la existencia de otro derecho, que encuentra su fuente en la tradiciones británicas y que cristaliza en la teoría del precedente judicial, basado en la experiencia de casos anteriores semejantes.

El impero de la ley exige, en primer lugar, determinar la competencia para aprobarla y el procedimiento para hacerlo, sólo así se impide la destrucción del principio y se expulsa de la legalidad toda producción legislativa que se aparte de dichas normas, que se reputa ilegal. La base ideológica que sustenta esta construcción se encuentra en las ideas de ROUSSEAU, que construye la mística de la ley, entendida como expresión de la voluntad general, del abate SIEYÈS que en su obra *Qu'est-ce que le Tiers état* enfatiza la justificación del control del Parlamento por los representantes del tercer estado, y finalmente de MONTESQUIEU que teoriza la división de poderes y atribuye al Parlamento el monopolio de la producción legislativa.

Sin embargo, muy pronto el diseño teórico de los revolucionarios de finales del XIX y principios del XX deberá ser corregido por las exigencias



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

del incipiente intervencionismo administrativo necesario para la afirmación de los nuevos valores políticos y sociales, que obligan a que la Constitución francesa del año VIII, ya prevea en su artículo 44 que *“El Gobierno propone las leyes y hace los reglamentos necesarios para su ejecución”*. Y lo propio hará nuestra Constitución de Cádiz en su art. 171. Estas previsiones habilitan, por tanto, al Poder Ejecutivo para aprobar normas: los reglamentos ejecutivos, previsión que se recogerá a partir de entonces en la generalidad de los textos constitucionales europeos.

Se había producido una diferenciación fundamental entre la ley y los reglamentos, capital en el Derecho que surge en el Constitucionalismo, y de escasa significación en el Estado absoluto. La aparición de los reglamentos administrativos supondría una reconversión técnica del principio de legalidad en cuanto técnica de control de la acción del Poder, de la sumisión de la acción de la Administración a la Ley, ya que se admite que la propia Administración puede dictar normas, que ya no emanarán sólo del Parlamento en forma de leyes.

El sistema normativo se ordenara jerárquicamente, dando la lógica preeminencia a la Ley sobre las normas reglamentarias producidas por el Poder Ejecutivo y la Administración. Y desde HAURIUO, esta reconversión técnica se formula en el sentido de que el principio de legalidad no supone estrictamente una sumisión de la acción del Poder Ejecutivo a la ley, sino al Ordenamiento Jurídico como un todo, en cuyo sistema normativo la ley ocupa un lugar de primacía, pero donde también se encuentran los reglamentos que produce la propia Administración Pública.

Sin embargo, el principio de jerarquía de las normas, tuvo en las primeras etapas del Estado de Derecho, una detonante exclusión: la propia Constitución. La base doctrinal que justifica dicha exclusión apunta al carácter programático de la Constitución. Después, se modula dicha teoría y



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

se afirma que la Constitución sólo es una norma organizativa del Estado; pero que o bien no contiene una referencia a los derechos fundamentales, como ocurrió con las Cartas otorgadas del XIX, o tales derechos carecen de garantía frente a su modificación o recorte de su contenido por el legislador. No obstante, debe diferenciarse claramente el tema de la flexibilidad o rigidez de las Constituciones (tema que afecta a las posibilidades de su reforma) del de la eficacia o valor normativo de sus previsiones. En las Constituciones españolas que no preveían su procedimiento de reforma, y contenían declaraciones de derechos fundamentales, estos eran respetados por el valor normativo de la Constitución. De ello se encargarían los Tribunales de Justicia y también la propia Administración Pública, sujeta desde 1845 al control de su actuación. Ahora bien, como dicho, las declaraciones de derechos fundamentales contenían normalmente la cláusula en los términos de la ley reguladora, es decir, los derechos estaban claramente unidos a la ley.

El Siglo XIX dominado por la implantación del nuevo sistema político que arrumba el sistema del Estado Absoluto, buscó con ansia la implantación del Estado de Derecho, pero deberá recorrer conocerá un largo y sinuoso camino para este logro histórico. ¿En esa conquista cómo han colaborado los juristas? Es evidente, que ellos son los que han dado forma al Estado de Derecho, hasta el punto de bautízalo con su propia ciencia, el Derecho. Pero en el largo camino recorrido las etapas han sido muchas y los avances y retrocesos se han sucedido inevitablemente. Precisamente, NIETO advertirá que del cruce de los principios de legalidad de la actividad administrativa y el de su control jurisdiccional surgirá Administración surgirá el Derecho Administrativo. De modo que para un administrativista este excursus histórico equivale a investigar el verdadero surgimiento de esta rama del Ordenamiento jurídico.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación

comunica@uco.es

Ciertamente, el principio de legalidad, por si sólo no garantizará la existencia de un Estado de Derecho, porque en muchos periodos de nuestra historia dicho principio ha quedado consagrado por el Ordenamiento vigente, en leyes ordinarias, y sin embargo, el régimen político imperante podía considerarse alejado del Estado de Derecho, incluso en algún caso podía ser calificado de régimen dictatorial. Pero el principio de legalidad está en el principio de la consagración del Estado de Derecho, y su consagración supuso históricamente el definitivo abandono del Régimen absolutista.

En la primera etapa post revolucionaria el Derecho, los juristas, caminan por la senda del positivismo jurídico. Ello supone una depuración del objeto de estudio, liberándolo sobre todo de consideraciones filosóficas, psicológicas o sociológicas. En este positivismo jurídico anduvieron también los cultivadores del Derecho Público. La afirmación de los nuevos valores se deja a la ley. Son los representantes en el Parlamento los encargados de llevarlos a la norma jurídica, y si bien, en cuanto a esa formulación, los políticos se inspiran, en muchas ocasiones, en construcciones científicas, lo cierto es que estas se desarrollaron tardíamente, pues en toda la primera mitad del Siglo XIX, los estudiosos del Derecho Público se orientan a la mera glosa y sistematización de las leyes. Los juristas que veremos influir en la elaboración de las primeras Constituciones españolas pertenecen a esta categoría, si influyen en dichos Textos es, sobre todo, por su actuación política, como hombres incluidos en alguna corriente política liberal, progresista o conservadora, más que por su obra científica, aunque no dejan de haber influencias relevantes como pondremos de relieve en la segunda parte de este estudio.

¿Y qué es la ley en el plano jurídico? La ley, columna vertebral del principio de legalidad sigue obedeciendo a la idea de ROUSSEAU: “expresión



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

de la voluntad general”, y aparece adornada por los caracteres de generalidad y abstracción propios de toda norma. Dichos caracteres se fundamenta en último término en el principio de igualdad que todas las constituciones democráticas sancionan. En la generalidad y la abstracción garantizará la neutralidad de la ley en la solución que adopta, y la previsibilidad de su aplicación, o lo que es lo mismo la seguridad jurídica. En esos caracteres encuentra su legitimidad jurídica, y en su aprobación por el Parlamento su legitimidad democrática.

Por otra parte, el principio de legalidad para garantizar el papel central de la ley en el sistema, da origen a la doctrina de la reserva de ley de determinadas materias, especialmente los derechos fundamentales; y también a la jerarquía normativa, que coloca la ley por encima de cualquier otra norma del Poder Ejecutivo; y a la doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la norma previa, que se traduce en la inderogabilidad singular de la misma. Lo que unido a la vinculación a la ley de los Jueces y Tribunales cerraba el sistema. La Administración Pública quedaba embridada por la ley y el control de los Tribunales de su actividad.

La aparición y fortaleza del control jurisdiccional es la que hace efectivo el principio de legalidad, porque el control por los Tribunales de la acción administrativa convierte en real la vinculación de la Administración a dicho principio. La efectividad del principio de legalidad está ligada al control de su respeto, más exactamente a la consagración del contencioso administrativo, que en España no tuvo lugar hasta la Constitución de 1845, por la Ley de 6 de junio de 1845, aunque esta jurisdicción se caracterizó por una impronta individualista, que sólo entraba en funcionamiento a instancia de un recurso de la persona titular de derechos afectados por la acción administrativa que iba a ser objeto de control por los Tribunales. Y durante



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

gran parte del XIX, al menos en España, los Reglamentos no pudieron ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa

El Derecho Administrativo aseguraba el control del poder, y se desarrolla fundamentalmente en el Siglo XIX por una vía jurisprudencial. La obra del *Conseil d'Etat* alumbrará instituciones de control del poder que literalmente no se encuentran en la ley (como la desviación de poder, o el exceso de poder, por ejemplo) y que servirán para el objetivo de consagrar el Estado de Derecho en dos aspectos capitales la defensa del principio de legalidad y la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. En España, por el contrario, la introducción de instituciones de control han sido debidas más al legislador que a la obra jurisprudencial, y a través del legislador la doctrina ha ejercido su influencia.

Pero el control del Poder por el Derecho Administrativo se efectuará sobre la base de algunos dogmas que terminan por limitar las posibilidades de dicho control. La superación de estos angostos límites, que sin embargo, fueron históricamente logros formidables para ejercer el control de la Administración, se produjo en distintos momentos, y en algunos casos como es el supuesto de España, incluso se abrieron paso bajo la vigencia de regímenes políticos que no eran Estado de Derecho. GARCIA DE ENTERRIA con ocasión de las reformas del sistema contencioso-administrativo francés, hablará, siguiendo la teoría del paradigma de KUHN, del cuarteamiento del paradigma histórico del exceso de poder, que ha sido la base del Derecho Administrativo tradicional, y afirma rotundamente que el nuevo paradigma se orienta a la defensa plena de los derechos fundamentales, que deben prevalecer sobre los intereses defendidos por la Administración Pública, en cuanto dichos derechos están consagrados en la Constitución y tienen el carácter de valores que se imponen a cualquier otra norma.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

Durante todo el Siglo XIX, no se concibe que el legislador pueda ser objeto control por los jueces, y, por tanto, la primacía de la Constitución, como proveniente del Poder constituyente, no está asegurada frente al legislador ordinario. El dogma de la ley como expresión de la voluntad general se apoyaba en la existencia de un Parlamento único, por lo que nunca se reconoció la competencia de los Tribunales para el control de las leyes siguiendo los dogmas políticos de la Revolución francesa.

En los Estados Unidos de América, por el contrario no existía un único legislador, y la garantía de la Unión frente a los Estados exigía un control judicial frente a los posibles conflictos de competencias; por lo que el Tribunal Supremo asumió dicha competencia que pronto se convirtió en una garantía de la supremacía formal de la Constitución frente a cualquier legislador, de la Unión o de los Estados. Habrá que esperar hasta el Siglo XX, para que el austriaco Kelsen, teorizará sobre el significado de la jerarquía de las leyes, y situando a la Constitución en la cúspide de la pirámide que expresaba dicha jerarquía normativa, concluyera la necesidad de establecer los Tribunales Constitucionales para controlar la ley, y se consagrara el vicio de inconstitucionalidad de las leyes como determinante de su anulación por dichos Tribunales ¿Cuáles son las razones que impulsan este cambio de criterio frente a la ley, fundamento del principio de legalidad?

La explicación reside en que todo el sistema empieza a agrietarse cuando la ley, fundamento y esencia del principio de legalidad, deja de ser la norma general y abstracta que regula los más importantes sectores de la vida económica y social. La doctrina alemana introduce el concepto de ley formal, que tendrá una justificación en la monarquía constitucional alemana, y su aceptación de la doctrina del principio monárquico. La noción de ley



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación

comunica@uco.es

formal, ley que no aprueba normas, se contrapone a la ley material, por la que se establecen verdaderas normas, que se predicen como el ámbito competencial propio del Parlamento. La distinción se extrapola del contexto alemán, aunque en otros ordenamientos se aceptó también que el Parlamento pudiera aprobar no sólo leyes materiales o leyes-norma, sino que bajo la forma de ley aparezcan otros contenidos, a los que se le comunica la fuerza de la ley.

Por otra parte en los albores del Siglo XX surgen otras voces discordantes, que se alzan frente a la concepción tradicional de la ley. DUGUIT, es una de ella, y dirá: *“la ley no puede ser el mandato formulado por una voluntad soberana, es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen: Jefes de Estado, miembros del Parlamento. Fuera de esto, todo lo que se diga no es más que ficción”* Estas ideas que florecen a principios de siglo XX suponen la desvalorización de la ley, y marcan el inicio del abandono del positivismo. Se va pasar a un método que combina la exégesis de la ley con la dogmática conceptualista, que construye conceptos al margen del derecho positivo.

Se tiende a dar un contenido esencialmente formal de la ley, ligada a una competencia del órgano que la aprueba, y un procedimiento de elaboración. La ley seguirá siendo un valor jerárquicamente superior en la teoría de las normas, un valor que se sobrepone a las normas que pueda dictar el Poder Ejecutivo: los reglamentos. Pero el concepto de ley material, (ligado a la consecuencia de que determinadas materias sólo pueden ser normadas por el legislador), fundamentado desde el principio de los ideales revolucionarios en la regulación de las materias de propiedad y libertad; queda desbordado, pues se constata que en otros casos la reserva de ley, sólo es formal, por ejemplo, en el caso de las leyes autorizatorias.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

La desvalorización de la ley ha tenido el soporte de una corriente teórica, el decisionismo, surgido también en la doctrina alemana, que en su evolución más radical y perversa va a avalar ideologías fascistas y nacionalsocialistas que han producido paréntesis dolorosos en la lucha histórica por la plena implantación del Estado de Derecho. El representante de esta corriente es Carl SCHMITT para el que el Derecho es ante todo decisión y considera que *“El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya “fuerza jurídica” no puede ser deducida de la supuesta fuerza jurídica de unas reglas de decisión”*.

Las teorías decisionistas aplicadas políticamente por los regímenes fascistas, y nacionalsocialistas se justificaran porque como advierte ELIAS DIAZ “frente al normativismo y formalismo liberal se alza el extremismo antinormativo y voluntarista, abierto a toda arbitrariedad e injusticia... El Derecho será así pura y absolutamente la voluntad del Führer . La reacción, sobre todo tras la segunda Guerra Mundial, no se hará esperar.

Sin embargo, SCHMITH y sus seguidores , al margen de la utilización perversa de sus teorías filosóficas, contribuyeron también a la elaboración de logros dogmáticos, que han pasado a la doctrina jurídica y sirven para explicar las modalidades de la ley, que queda alejada en muchas de sus manifestaciones de la teoría tradicional. Así, Carl SCHMITT nos legará el concepto de ley-medida, retomado por FORSTHOFF, que supondrá la eliminación de los dos caracteres esenciales de la ley: la generalidad y abstracción. La Ley-medida frente a la ley-norma, que sigue respondiendo a los caracteres clásicos, supone la ordenación de una realidad concreta, para un determinado fin, para lo que se ordenan todos los medios necesarios para conseguirlo, de las que el ejemplo más ilustrativo son las leyes aprobatorias de planes económicos o administrativos. Las leyes-medida suponen, al decir de FORSTHOFF, una intervención del poder



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

legislativo en lo que es el ámbito material del poder Ejecutivo y la Administración Pública. Sin embargo, esta tesis no se corresponde ni con la historia constitucional, en la que siempre fueron admitidas leyes no materiales, ni con las modernas constituciones.

Del mismo modo, han aparecido también las leyes singulares, que tratan de imponer una solución jurídica a un caso concreto, lo que supone que se elimina el carácter abstracto de la ley, propia de toda norma. Leyes que, sin embargo, en cuanto limiten un derecho fundamental están prohibidas por la Constitución alemana (art. 19.1), y de las que el propio Tribunal Constitucional español considera que sólo proceden en casos excepcionales y que tienen como canon de constitucionalidad la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que adopten.

Todavía cabía considerar las llamadas leyes interpretativas, sobre preceptos de la propia Constitución o de los Estatutos de Autonomía, sobre las que el Tribunal Constitucional ha impuesto la doctrina de que el único interprete supremo de la Constitución es el propio Tribunal, atribuyéndose el monopolio de esta función, y por consiguiente ha declarado la inconstitucionalidad de este tipo de normas. La primera sentencia en que se afirmó esta doctrina fue la /3/1983, de 5 de agosto de 1983, y que se reafirma en la Sentencia de 28 de junio de 2010, sobre el Estatuto de Cataluña.

Finalmente, en este contexto de proliferación de tipos de leyes no normativas, en el sentido clásico del término, se está produciendo una cierta perversión de la ley, que llega a su utilización para lograr la inmunidad frente a la jurisdicción contencioso-administrativa de leyes que cubren formalmente decisiones políticas, propias del ámbito material de la competencia del gobierno y la Administración Pública, y que, en otro caso,



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

como simples reglamentos o actos administrativos serían recurribles ante dicha jurisdicción.

Ante estas modulaciones del concepto de ley, la desvalorización de su sentido originario ¿qué significa el principio de legalidad? ¿cuál debe ser el concepto de ley? El problema se planteó crudamente por los Profesores de Derecho Público alemanes con relación a la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 19. 1, como ya hemos visto, establece un contenido material de la ley cuando se regulan derechos fundamentales. Ha habido pues una reacción, devolviendo a la ley sus caracteres tradicionales cuando afecta a los derechos fundamentales e imponiendo como hace nuestra Constitución vigente el respeto de la ley reguladora al contenido esencial del derecho. En la misma línea el art. 53 de nuestra Constitución de 1978 impondrá que los derechos fundamentales del Capítulo segundo del Título I, sólo podrán regularse por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial.

Pero al margen de esta exigencia constitucional alemana, la doctrina, una vez más Carl SCHMITT, denunciará la llamada “motorización” legislativa y el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA habla del “flujo desbocado” de leyes imposible de racionalizar en un esquema aplicativo debido a su número, inestabilidad y caprichosa sistematización. Parece que sólo el Derecho penal es capaz de exigir en toda su pureza que la ley revista los caracteres de generalidad y abstracción, y que los grandes reductos de la reserva de ley: la libertad y el derecho de propiedad, han quedado invadidos por intervenciones normativas de la Administración a través de la técnica de las remisiones normativas. De suerte que se impone una reflexión, porque la Ley, como clave de bóveda del principio de legalidad, ya no es la misma que en el Siglo XIX.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

La doctrina se orienta hacia la concepción formal de la ley y, en este sentido, se produce una aproximación al Derecho británico, en el que la influencia de la doctrina alemana ha sido muy escasa. En el concepto de ley lo determinante no es su contenido, sino quien es su autor: la ley es un *act of parliament*. Pero debe advertirse, que esta concepción de la ley también es el que luce en la Constitución de los Estados Unidos, que atienden sobre todo a la concepción orgánica de la ley: lo decisivo es qué Poder es el que la aprueba y el procedimiento por el que lo hace, y no el contenido de la misma.

La concepción formal de la ley como expresión de un órgano de representación popular se mantiene; pero parece haber perdido su contenido material: el carácter de norma general y abstracta, que va a relacionarse sólo con la regulación de derechos fundamentales del individuo. La conexión entre la ley y los derechos fundamentales ha sido tan íntima, que, en el Siglo XIX, que muchos de esos derechos sólo tuvieron verdadera eficacia en el marco de las leyes ordinarias que los regulaban por expresa remisión constitucional, haciéndolo además sin ningún control jurisdiccional. Será más tarde en el XX cuando la defensa de estos derechos se hará también frente a la propia ley, y esta tarea constituirá precisamente la esencia de la justicia constitucional.

La doctrina alemana, partiendo del hecho de estas transformaciones del Estado, ha venido a matizar también el alcance del principio de legalidad en la relación entre la ley y la Administración Pública. En el Estado liberal clásico, el principio de legalidad implicaba en uno de sus sentidos fundamentales la exigencia estricta de que allí donde la Administración restringe derechos, debe estar legalmente habilitada para ello. Pero en la actualidad, algunos autores insisten en que el Estado Social de Derecho,



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

que se consagra en la Constitución alemana, reconoce a la Administración Pública plena legitimidad para crear Derecho y conformar la vida social. Asistimos a nuevos fenómenos que parecen poner en cuestión esta concepción clásica del principio de legalidad, como monopolio del Parlamento. Por ejemplo, afirmando la necesidad de regulaciones administrativas realizadas por expertos; o si se prefiere admitiendo el llamado poder regulador de la Administración, y la proliferación de agencias independientes con importantes competencias de regulación e intervención. Lo que los alemanes insisten en denominar *poder de dirección (Steuerung)*.

En la misma línea se mueve en Italia otra corriente doctrinal encabezada por CASESSE, que defiende que la ley debe establecer reglas de organización y procedimiento, pero, en muchos sectores, no puede predeterminar las soluciones, pues se parte de que, dada la multiplicidad de intereses en juego y la movilidad de lo que debe tenerse en cuenta sobre la realidad a ordenar, la ley debe establecer las reglas de organización y procedimiento, pero, muchas veces, pues la Administración Pública está en mejores condiciones para decidir lo que es más adecuado, en los sectores en que es precisa la intervención pública. Tesis que se refuerzan si se tiene en cuenta los fenómenos de la, “globalización” o internacionalización, y la europeización que ponen en entredicho el dogma de la soberanía estatal, porque cada vez con más frecuencia el origen real de las normas que nos afectan se halla en organizaciones supranacionales a las que los Estados deben acomodarse

Otro sector doctrinal, relacionado con los teóricos del neoconstitucionalismo italiano, ha desarrollado la idea de que el Derecho es básicamente principios, (uno de cuyos máximos exponentes es Gustavo ZAGREBELSKI).



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

En este contexto, la doctrina destaca que la Administración Pública, a través de estas fórmulas se distancia de la predeterminación por la ley de su conducta, que ella a través de los expertos que incorpora a su organización conoce mejor que nadie, y que no persiguen soluciones estables en el tiempo, sino que se adecúan a una realidad cada día más cambiante.

El derecho europeo, en parte bajo el impulso de la normativa comunitaria europea, en particular en los sectores económicos, va admitir la doctrina norteamericana de las Agencias independientes con poder regulador del sector que se les encomienda. Un poder normativo de difícil encaje en las Constituciones europeas tradicionales, que atribuyen la potestad reglamentaria al Gobierno y que no reconocía, en general, poder reglamentario a las Administraciones institucionales. Ciertamente, estas doctrinas hacían exclusión del poder normativo de las Entidades Locales, cuyo poder de ordenanza siempre se admitió, y cuya legalidad se admite por estar apoyado tanto en la garantía constitucional de su autonomía, como en la habilitación expresa de dicho poder de ordenanza por la Ley reguladora de la Administración local.

¿Suponen estas consideraciones que el principio de legalidad debe modularse o reinterpretarse? Sí y no. La respuesta debe seguir siendo que la Ley es fundamental, aunque en algunos ámbitos especialmente en los económicos o técnicos, su objeto fundamental sea establecer la organización, las competencias, y el procedimiento a seguir para dictar esas normas reguladoras de sectores, y no dictar la solución concreta; y en amplios sectores sociales, pueda simplemente admitir la autoregulación del sector, a la que Administración, en base a la ley, se limita a dar respaldo para garantizar su eficacia.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

La regulación legal de estos aspectos organizativos y procedimentales es lo que permite el mantenimiento de la cadena de legitimidad que se conecta al principio de legalidad, permitiendo que la incorporación de elementos nuevos tenga acomodo en la nueva formulación del principio de legalidad. Nos referimos, a cuestiones tales como la intervención de técnicos o expertos, o la mayor participación de los interesados y sus entidades sociales representativas, que el Derecho Administrativo ha previsto perfectamente en la elaboración de sus normas reglamentarias, pero parecen situarse al margen del Derecho parlamentario para la elaboración de la ley, etc.

El círculo del principio de legalidad, su garantía plena, debe hoy considerarse cerrado por la función encomendada a la justicia constitucional. Hasta que la Justicia constitucional no se implanta, la jurisdicción contencioso-administrativa europea sólo puede defender los derechos fundamentales en cuanto derechos públicos subjetivos, y en los términos definidos por la ley, sin que pudiera enjuiciarla. Por el contrario, la particular concepción de los derechos fundamentales norteamericana, cuya Constitución se limita a reconocer su existencia, como derechos preexistentes a cualquier normativa reguladora de los mismos, permitió que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos pudiera defender directamente los derechos que la Constitución consagra.

En cambio, la Justicia constitucional en el Continente europeo es debida a una construcción del austriaco Kelsen y se vio en primer lugar como una garantía imprescindible del sistema federal, aunque el autor la concibe primariamente como una garantía de la superlegalidad formal de la Constitución. Se recoge por vez primera en la Constitución alemana de Weimar y en la Constitución federal austriaca de 1920, Posteriormente en



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación

comunica@uco.es

se recoge en la Constitución de la IIª República española de 1931, y tras la segunda Guerra Mundial por la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn, que extienden la competencia de estos Tribunales a la interpretación de la Constitución de las leyes y el respeto de los derechos y deberes fundamentales, además de la ya clásica de las relaciones entre el Estado y los Länder alemanes o las Regiones italianas.

Sobre la existencia de esta Justicia constitucional un sector doctrinal no deja de mostrar recelos, apuntando hacia la llamada “judicialización de la política”, especialmente cuando los casos planteados inciden en cuestiones políticas de alta intensidad en la que Gobierno y mayoría parlamentaria apuestan por una solución plasmada en la ley encausada. El ejemplo de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el Estatuto de Cataluña es ilustrativo de las dificultades que pueden plantear la resolución de este tipo de asuntos. Pero es evidente, que el Estado de Derecho encuentra en esta instancia del Tribunal Constitucional el cierre del círculo de la defensa jurídica de la Constitución, frente a decisiones de los tres Poderes que sean contrarias a la Constitución.

Llegados a este punto puede afirmarse que la doctrina ha variado considerablemente su metodología. Se supera desde luego el positivismo, que sacralizó la ley, y después de la segunda Guerra mundial se introduce el iusnaturalismo, de inspiración cristiana, que fue pronto desplazado con la concepción democrática del Derecho, que supone una secularización de aquella doctrina, y que niega la existencia de un orden natural preestablecido ajeno a la definición de los intereses públicos por los órganos democráticamente elegidos por el Pueblo, y por el Pueblo directamente en su función de Poder constituyente. Tempranamente, GARCIA DE ENTERRIA defendió que el Derecho había encontrado en los principios generales del Derecho, expresión de una justicia material, pero especificada técnicamente



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación
comunica@uco.es

en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptible, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo.

Desde luego, en España será la aprobación de la Constitución de 1978 la que consagrará de forma plena el Estado de Derecho, o Estado social y democrático de Derecho, como advierte el propio artículo 1 de la Constitución. Y la garantía de tales derechos se centra, como hemos dicho, en la labor del Tribunal Constitucional español.

El Tribunal Constitucional ha tenido hasta el momento una trayectoria no exenta de críticas, que van desde la lentitud en la resolución de los recursos de amparo, pasando por los conflictos que han planteado algunas de sus sentencias al decidir sobre recursos de amparo frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta el abuso en la aplicación de la doctrina de las sentencias interpretativas, que en algunos casos se ven como un desfallecimiento en su esencial tarea de anular preceptos integrados en leyes de alta intensidad política, que en su literalidad parecen claramente contrarios a preceptos constitucionales. No obstante, en este Tribunal debe depositarse la debida confianza, porque de su buen funcionamiento y prestigio o *auctoritas*, en su sentido romano, depende el buen funcionamiento del sistema que implanta la Constitución de 1978.

Este estudio se detiene en 1978. Evidentemente, nuestro sistema jurídico, al igual de los otros Estados europeos, está siendo objeto de otra revolución respecto a la concepción tradicional del principio de legalidad. Ciertamente, el Derecho Comunitario Europeo presupone que todos los Estados miembros de la Unión son Estados de Derecho y, por tanto, tienen establecido el principio de legalidad. Pero los fundamentos ideológicos del papel de la ley en el Derecho ya no es el mismo. Para empezar, hay que recordar el intento fallido de aprobar el Tratado de la denominada



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación

comunica@uco.es

Constitución para Europa, que introducía el tipo de ley en el Derecho comunitario europeo, este Ordenamiento no conoce el tipo de ley como la primera de sus normas, precisamente por respeto a la tradición del significado de la ley, como norma aprobada exclusivamente por el Parlamento. Por otra parte, aunque las relaciones del Ordenamiento de la Unión europea y los de los Estados miembros se explican perfectamente por la teoría ordinamentalista del Derecho, pues se trata de problemas de relación entre Ordenamiento distintos, que cuentan con las adecuadas técnicas de relación e integración normativa, el principio de primacía del Derecho comunitario europeo, plantea nuevos temas en relación con el papel histórico de la ley en los Ordenamientos nacionales.



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Gabinete de Comunicación

comunica@uco.es