

TEMA 11

SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO. FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO. LA LEY: SUS CLASES. EL REGLAMENTO. OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. **SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACION A LA LEY Y AL DERECHO**
2. **FUENTES DEL DERECHO PUBLICO**
 - 2.1. **INTRODUCCION**
 - 2.2. **LA JERARQUIA DE LAS FUENTES**
 - 2.3. Fuentes del derecho escritas
 - 2.3.1. La Constitución
 - 2.3.2. Leyes orgánicas
 - 2.3.3. Leyes ordinarias
 - 2.3.4. Los Decretos-Leyes
 - 2.3.5. Los Decretos legislativos
 - 2.3.6. Decretos del Gobierno, Ordenes de Comisiones Delegadas del Gobierno y Ordenes Ministeriales
 - 2.3.7. Circulares e instrucciones
 - 2.4. **OTRAS FUENTES DEL DERECHO**
 - 2.4.1. La Costumbre
 - 2.4.2. Los Principios Generales del Derecho
 - 2.4.3. La Jurisprudencia
 - 2.4.4. Los Tratados Internacionales
 - 2.5. **DERECHO COMUNITARIO**
3. **LA LEY: SUS CLASES**
 - 3.1. **CONCEPTO DE LEY**
 - 3.2. **CLASES DE LEYES**
 - 3.2.1. Leyes orgánica
 - 3.2.2. Leyes ordinarias
 - 3.2.3. Leyes marco
 - 3.2.4. Leyes de transferencia
 - 3.2.4. Leyes de armonización
4. **EL REGLAMENTO**
 - 4.1. **CONCEPTO DE REGLAMENTO**
 - 4.2. **CLASES DE REGLAMENTOS**
 - 4.2.1. Con relación a sus destinatarios
 - 4.2.2. Con respecto a la ley
 - 4.2.3. En concordancia a su origen
 - 4.3. **EFICACIA DE LOS REGLAMENTOS**
 - 4.4. **LIMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA**
 - 4.5. **GARANTIAS FRENTE A LOS REGLAMENTOS ILEGALES**
 - 4.5.1 La vía administrativa
 - 4.5.2. La vía penal
 - 4.5.3. La vía de excepción
 - 4.5.4. La vía contencioso-administrativa

1. SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO

El Derecho Administrativo, como dice García Enterría, surgió como manifestación de las concepciones jurídicas nacidas con la Revolución francesa y como reacción contra las técnicas de gobierno del Absolutismo. Para los revolucionarios franceses el origen de todo derecho sólo se encuentra en el pueblo que es la expresión de la voluntad general, la cual se manifiesta a través de las leyes que son aprobadas por las Cámaras legislativas integradas por sus representantes legítimos. Junto a este dogma que se conoce con el nombre de soberanía popular, aparece otro, que refuerza aún más la existencia de un Estado de Derecho, es el dogma de la división de poderes, los tres poderes esenciales del Estado deben ser completamente independientes, sin que unos interfieran en los otros. Así, al legislativo le corresponderá aprobar las leyes, al ejecutivo ejecutarlas y al judicial controlar la actuación del ejecutivo. Como consecuencia de ambos precedentes surge lo que se ha denominado principio de legalidad, es decir, el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho.

Sin embargo, esta idea es una novedad histórica, ya que el derecho en el Antiguo Régimen no se entendía, como en la actualidad, como un producto del Poder Legislativo, sino como un conjunto de privilegios o regalías. El Monarca absoluto no estaba sometido a derecho alguno y por lo tanto, las leyes no le afectaban, ya que el individuo tenía una consideración de súbdito y no de ciudadano, por lo que no ostentaba derecho subjetivo alguno frente al Monarca. El cambio rotundo propiciado por las concepciones jurídicas a las que hemos hecho referencia, es decir, la constatación de que la soberanía nacional reside en el pueblo y no deriva de ningún poder soberano, y al mismo tiempo, el principio de división de poderes, originó lo que denominamos Derecho Administrativo, en el sentido de que la Administración deberá actuar sometida a la legalidad y que por tanto cualquier ciudadano puede defenderse frente a cualquier actuación abusiva de la misma, mediante una serie de acciones que se suelen sintetizar bajo el vocablo de Justicia Administrativa y que se manifiesta a través de las reclamaciones, recursos y demás procedimientos de defensa.

Para Garrido Falla, el principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, la más importante de las columnas sobre las que se asienta el edificio total del Derecho Administrativo. Esta vinculación general de la Administración a la ley se manifiesta en diferentes preceptos de nuestra Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico, sobre todo en la ley de Procedimiento Administrativo Común y más actualmente en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Así pues, el artículo 9 del texto constitucional menciona este principio, al decir que «la Constitución garantiza el principio de legalidad». Igualmente el párrafo primero del citado artículo determina que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Pero, es sobre todo el

artículo 103 en donde se manifiesta más rotundamente ese carácter de vinculación positiva de la Administración a la legalidad, al destacar que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

La ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de Noviembre de 1992 destaca este principio en el artículo 3.1 reproduciendo íntegramente el artículo 103.1 de la Constitución al que hemos hecho referencia y en el artículo 53.2 al determinar que el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos. La citada ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado alude al citado principio en el artículo 2.1 al expresar lo siguiente: «la Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo».

2. FUENTES DEL DERECHO PUBLICO

2.1. Introducción

Siguiendo a Garrido Falla, entendemos por fuentes aquellas formas o actos a través de los cuales se manifiesta el Derecho, encontrándose su formulación jurídica en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil al determinar que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho».

2.2. La jerarquía de las fuentes

De la citada enumeración de fuentes del derecho se derivan dos consideraciones aplicables al campo del Derecho Administrativo. En primer lugar, la preponderancia de la Ley sobre la norma no escrita. El propio artículo 1 del citado Título Preliminar del Código Civil establece que: «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada». En segundo lugar, la preeminencia de la norma en razón del órgano de donde deriva. Así pues, el mencionado precepto dispone que «carecen de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior».

De ambas consideraciones, se puede deducir la siguiente clasificación jerárquica de las normas:

- a) Fuentes del derecho escritas.
 - 1º. Constitución
 - 2º. Leyes Orgánicas.

- 3º. Leyes Ordinarias.
- 4º. Decretos Leyes y Decretos Legislativos.
- 5º. Decretos del Gobierno.
- 6º. Ordenes de Comisiones Delegadas del Gobierno.
- 7º. Ordenes Ministeriales.
- 8º. Instrucciones y Circulares.

b) Otras fuentes del derecho.

- 1º. La Costumbre.
- 2º. Los Principios Generales del Derecho.
- 3º. La Jurisprudencia.
- 4º. Los Tratados Internacionales.

Trataremos a continuación de cada una de las fuentes que hemos enumerado, comenzando por la Ley y sus múltiples manifestaciones.

2.3. Fuentes del derecho escritas

Para Garrido Falla, la Ley es una norma jurídica de carácter general y obligatoria dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye el poder legislativo. Ahora bien, lo que caracteriza a una ley como administrativa es su carácter imperativo y que su ejecución aparezca encomendada a un órgano de la Administración. Dentro de las normas jurídicas con rango de ley debemos distinguir las siguientes manifestaciones:

2.3.1. La Constitución

La Constitución ocupa el vértice de nuestro ordenamiento jurídico, constatando su artículo 9.1 que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». La Constitución es un texto normativo de aplicación directa e invocable ante los Tribunales. Es nuestra primera fuente del derecho, toda vez que, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de Marzo de 1981, «la Constitución es cualitativamente distinta a las demás leyes y disposiciones jurídicas por la incorporación y positivación de los principios constitucionales contenidos en los primeros artículos de su texto». Por estas razones, es decir, por ser el vértice álgido de nuestro ordenamiento jurídico, se establece unos medios de defensa a fin de garantizarse la adecuación de las normas jurídicas a nuestro texto constitucional. Así, el Título IX de la Constitución, está dedicado a las garantías de protección de las normas constitucionales, que se objetivizan por medio del recurso de inconstitucionalidad contra aquellas leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley que pudiera vulnerar el contenido de la Constitución y también, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, que se planteará cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con

rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución.

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial destacaba el carácter esencial y primigenio de la Constitución al expresar que: «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

2.3.2. *Leyes Orgánicas*

Las leyes orgánicas son una categoría especial de leyes que han tenido un gran predicamento en el ordenamiento francés. Así, en la Constitución gala de 1958 se establece que las leyes orgánicas son aquellas que dada la importancia de las instituciones que regulan, su procedimiento de elaboración será diferente al de las demás leyes ordinarias. En España, sin embargo, el calificativo de orgánica le viene por regular la organización de algunas instituciones básicas del Estado, como por ejemplo: Ley Orgánica del Poder Judicial, o la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

La definición positiva de las leyes orgánicas viene recogida en el artículo 81 de la Constitución que establece lo siguiente: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

De la lectura de este precepto se derivan las dos características esenciales de las leyes orgánicas: por una parte sólo se regulará mediante el procedimiento de ley orgánica los derechos contenidos en la Sección Primera del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, es decir, los derechos fundamentales y las libertades públicas. Los derechos de la Sección 2ª se regularán por ley ordinaria. Igualmente, los Estatutos de Autonomía, también, se aprobarán por el procedimiento de ley orgánica, y por último, el régimen electoral, dado que esta ley no sólo establece la composición de ambas Cámaras legislativas, sino el sistema electivo de todas las instancias democráticas. A continuación el párrafo primero del artículo 81, antes transcrito añade: «y las demás previstas en la Constitución». Efectivamente, a lo largo de nuestra Constitución podemos observar reiteradas remisiones al desarrollo legislativo de diferentes materias por medio de leyes orgánicas.

2.3.3. Leyes Ordinarias

La tesis de la reserva de ley que fue formulada a principios de siglo por Otto Mayer constituye uno de los más claros límites al ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, con lo cual se sostiene que existe una serie de materias que por imperativo de nuestro texto constitucional no pueden ser reguladas a través de la actividad reglamentaria de la Administración, sino que están «reservadas» en cuanto a su determinación al cauce formal de la ley, bien en su calidad de ley orgánica o de ley ordinaria. Así pues, como dijimos anteriormente, todos los derechos contenidos en la Sección Segunda del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, gozan de la reserva de ley ordinaria, de la misma forma como los correspondientes a la Sección 1ª estaban reservados a leyes orgánicas. A título de ejemplo, podemos significar que deberán regularse por ley ordinaria: las obligaciones tributarias, las normas matrimoniales, la expropiación forzosa, la libertad de empresa, los colegios profesionales, la reserva de competencias, etc.

La Constitución ha reconocido la posibilidad de que estas leyes puedan ser aprobadas por las Comisiones Legislativas, siempre y cuando exista un acuerdo del Pleno por el que se le delegue la competencia legislativa a estas Comisiones. Por tal razón, las leyes ordinarias podrán ser de Pleno o de Comisiones. No obstante, tal como establece el artículo 75 de la Constitución, deberán ser aprobadas obligatoriamente por el Pleno, además de las que se exija una mayoría cualificada: la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de base, y los presupuestos generales del Estado.

Además de las leyes emanadas de las Cortes Generales, la Constitución atribuye competencias legislativas a las Comunidades Autónomas, ya que las mismas cuentan con sus correspondientes Asambleas Legislativas. Llegados a este punto nos podemos preguntar sobre la naturaleza jurídica de estas leyes, habiéndose sentado el criterio de que ostentan la misma entidad que las leyes ordinarias. Muñoz Machado apoya esta opinión al decir que el sistema de control es el mismo que el establecido para las leyes estatales, no existiendo diferencias en las remisiones que hace la Constitución respecto a ambas clases de leyes. La propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha confirmado reiterativamente este criterio. Es por tanto el ámbito territorial, en donde alcanza su eficacia, el único elemento diferenciador, ya que en el caso de las leyes ordinarias se extenderá a todo el territorio del Estado y en el de las leyes autonómicas al territorio de la propia Comunidad Autónoma.

2.3.4. Los Decretos-Leyes

El Estado ante determinadas situaciones no puede reaccionar por los cauces ordinarios, es decir, a través de la elaboración de una ley, sino que precisa una respuesta urgente para regular esa situación. El artículo 86 de la Constitución, a tal efecto, dispone lo siguiente: «En caso de ex-

traordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general». Como podemos observar, se significa la expresa prohibición de regular por medio de Decretos-leyes cualquier materia que esté reservada a leyes orgánicas.

En cuanto al procedimiento de elaboración, el segundo párrafo del citado artículo 86 determina lo siguiente: «los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviese reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario». Es decir, que una vez promulgado un Decreto-ley por parte del Gobierno, el debate y votación sobre la convalidación o derogación del mismo se realizará en el Pleno de la Cámara Baja o de la Diputación Permanente en caso de que aquella estuviera disuelta, antes de que transcurran los treinta días siguientes a su promulgación. Asimismo, convalidado un Decreto-Ley, éste podrá tramitarse como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, si así lo acordase dicha Cámara.

2.3.5. Los Decretos-Legislativos

Los Decretos-Legislativos tienen una justificación bien distinta, ya que aquí el presupuesto habilitante no es la extraordinaria y urgente necesidad, sino la existencia de una autorización por parte del Parlamento. Así pues, el artículo 82 de la Constitución dispone que: «Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior» —se refiere a las leyes orgánicas—. Esta delegación se realiza bien para que el Gobierno articule unas bases o principios generales, o bien para que refunda en un sólo texto una serie de disposiciones normativas esparcidas en diferentes normas. En el primer caso la delegación legislativa se hará mediante una ley de bases, y para el caso de refundición de normas tal delegación se efectuará mediante ley ordinaria.

Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de regirse en su ejercicio. Tales leyes de bases no podrán en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases o facultar la posibilidad de dictar normas con carácter retroactivo.

Las leyes ordinarias por las que se autorice la refundición de textos legales determinarán el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un

texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Como dice Garrido Falla, el Decreto-Legislativo exige la intervención de dos órganos estatales: las Cortes Generales y el Gobierno. El primero de ellos concede la autorización al segundo, debiendo ser aquella, de forma expresa, para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. Es especialmente por esa autorización previa por parte del legislativo por lo que los Decretos-Legislativos adquieren el rango de ley. El segundo de los órganos citados, es decir, el Gobierno, deberá elaborar la materia que ha sido objeto de autorización dentro de los plazos previstos por la ley habilitante, la cual una vez aprobada por el Consejo de Ministros, adquirirá la forma de Real Decreto Legislativo.

2.3.6. Decretos del Gobierno, Ordenes de Comisiones Delegadas del Gobierno y Ordenes Ministeriales

Tanto los Decretos del Gobierno, como las Ordenes de las Comisiones Delegadas del Gobierno y las Ordenes Ministeriales son manifestaciones diferentes de la potestad reglamentaria de la Administración. La Ley del Gobierno en su artículo 25 enumera las diferentes formas que pueden revestir las decisiones de los órganos regulados en la citada Ley, así se alude a las siguientes modalidades:

- a) Reales Decretos Legislativos por los que se articulan las bases de una Ley o se refunden una serie de normas en un sólo texto y Reales Decretos-Leyes por los que se dictan normas con rango de Ley en caso de extraordinaria y urgente necesidad.
- b) Reales Decretos del Presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente.
- c) Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica.
- d) Acuerdos del Consejo de Ministros, las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto.
- e) Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros.
- f) Ordenes Ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados.

2.3.7. Instrucciones y Circulares

Aunque ya no con el carácter normativo de los ordenamientos estudiados anteriormente, debemos referirnos a la facultad que ostentan los órganos superiores de la Administración (Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales y Subdirectores Generales), para poder dirigir con carácter general la actividad de los inferiores. Normalmente, al ser estas disposiciones una manifestación del principio de jerarquía administrativa, no debe tener efectos externos que puedan afectar a los administrados. Las circulares e instrucciones deben considerarse como simples directivas que las Autoridades superiores imponen a sus subordinados, por lo que sus efectos jurídicos están originados por el deber de obediencia del órgano inferior respecto del superior. Por tal motivo, los actos que dicten las unidades administrativas de las Administraciones Públicas haciendo caso omiso a las Circulares o Instrucciones que dicten los superiores, serán totalmente válidos sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubieran podido incurrir aquellos funcionarios que no la hubieran secundado.

Sin embargo, como nos dice Garrido Falla, no siempre se deben clasificar como circulares e instrucciones todas aquellas que se publican con este nombre en el Boletín Oficial del Estado, pues, en ocasiones, se encubren auténticos Reglamentos.

2.4. Otras fuentes del derecho

2.4.1. La Costumbre

El artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil al referirse a la costumbre expresa lo siguiente: «la costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

Sin embargo, en un derecho eminentemente escrito como es el Derecho Administrativo el lugar de la costumbre es muy secundario, aunque es preciso reconocerlo como una fuente de tal derecho, existiendo instituciones que aunque escasas gozan de una vida histórica propia, como puede ser el régimen especial de Concejo Abierto o Asamblea Vecinal o la forma consuetudinaria de utilizar los bienes de carácter comunal. Pero es evidente, que estos ejemplos no pueden sostener, por sí sólo, la virtualidad normativa de la Costumbre como una auténtica fuente del Derecho Administrativo. Para algunos autores, el lugar de la costumbre lo ocupa en el Derecho Administrativo lo que se denomina el precedente administrativo, cuya obligatoriedad, de ahí su carácter de fuente, no deriva solamente, como dice Garrido Falla, de la fuerza que para la Administración tenga sus propios precedentes, sino también porque se haya podido