

LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO Y SU APLICACION A LA ADMINISTRACION EN LA CONSTITUCION (*)

POR

MARTÍN BASSOLS COMA

Profesor Agregado de Derecho Administrativo en la Universidad
Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: 1. La trayectoria del Estado de Derecho como categoría histórica. 2. Principios constitucionales que configuran el Estado social y democrático de Derecho.—III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: AFIRMACIÓN Y MANIFESTACIONES CONSTITUCIONALES: 1. Consagración constitucional. 2. Primacía absoluta de la Ley. 3. Reservas legales derivadas del reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales. 4. Relación entre Ley y Derecho: la referencia a principios constitucionales de vinculación general.—IV. GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. Garantías constitucionales. 2. Control judicial ordinario. 3. Control parlamentario. 4. Controles extrajudiciales: el Defensor del Pueblo.

I. INTRODUCCIÓN

Con la ratificación por Referéndum el día 4 de diciembre de 1978, y su sanción por S. M. el Rey, ante las Cortes, el día 27 de diciembre, culminaba el largo proceso constituyente de elaboración de la Constitución (1). La emergencia de un nuevo orden constitucional tiene trascendentales consecuencias en el marco político, y especialmente en el

(*) Se recoge aquí el texto de la conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Constitucionales el día 29 de noviembre de 1978, dentro del Seminario, dirigido por el profesor don Fernando GARRIDO FALLA, sobre «Organización y régimen jurídico de la Administración Pública en la Constitución».

Al texto se han incorporado algunas referencias bibliográficas y consideraciones complementarias.

(1) La Ley de 4 de enero de 1977 para la Reforma Política configuró unas nuevas Cortes para elaborar la reforma constitucional. El 15 de junio de 1977 se celebraron las elecciones generales y el 27 de julio de 1977 se constituyó ya la Comisión Constitucional, encargando a una Ponencia la redacción de un proyecto de Constitución. Una vez más se constata el hecho, detectado por M. DUVERGER: *Carta abierta a los socialistas*, Barcelona, 1976: «desde 1789, todas las Asambleas elegidas por el pueblo se transforman en Constituyentes cuando hallan ante sí un vacío constitucional», p. 146.

mundo del Derecho, por cuanto se produce una transformación del fundamento de la validez y legitimidad del sistema jurídico. Las diversas ramas del ordenamiento jurídico experimentan una conmoción y una mutación que corresponde al jurista registrar, asimilar y reelaborar. En una primera etapa es innecesario justificar que el análisis doctrinal no puede aspirar a más que ofrecer un comentario o explicación sistemática de las formulaciones más sobresalientes y de las innovaciones y aportaciones del texto constitucional.

Si bien ha podido decirse que el Derecho Administrativo —pese a descansar en presupuestos de naturaleza constitucional— es un sistema estable que resiste las innovaciones y los cambios constitucionales (2), lo cierto que para el sistema de Derecho Administrativo de nuestro país la Constitución de 1978 supone un impacto que afectará a sus estratos más profundos. Y ello no sólo por las reformas en las estructuras administrativas que la Constitución programa, sino, fundamentalmente, porque aquélla aporta toda una nueva filosofía del fundamento, ejercicio y control jurídico del poder político —admisión de la soberanía nacional, del pluralismo político, de los derechos y libertades públicas y de una justicia constitucional—, del cual el poder administrativo es una de sus manifestaciones más características por su protagonismo en la sociedad contemporánea. Por ello, el abordar la problemática del Estado de Derecho en el marco constitucional constituye uno de los temas que nos pueden ofrecer una visión más significativa del alcance de esta transformación que vislumbramos tanto en el orden aplicativo como en el científico.

La densidad conceptual que suscita el planteamiento del Estado de Derecho exige que en una exposición oral se atienda exclusivamente a los aspectos expositivos más sobresalientes y a una visión dinámica de su incidencia en el texto constitucional, sin perjuicio de que en futuros trabajos se estudien con más profundidad y extensión muchos de los problemas que en la presente ocasión simplemente apuntamos o llamamos la atención.

(2) G. VEDEL: *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge*, en «*Mélanges offerts à M. WALINE le juge et le droit public*», vol. II, París, 1974, pp. 777-793.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO
DE DERECHO

1. *La trayectoria del Estado de Derecho como categoría histórica*

La recepción del concepto de Estado de Derecho, en su modalidad de Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1), es una de las aportaciones —en el orden jurídico-político— más significativas de la Constitución. Dos consideraciones iniciales suscita la admisión de la fórmula del Estado de Derecho en un texto constitucional normativo —entre otros antecedentes pueden apuntarse el de la Ley Fundamental de Bonn y la vigente Constitución italiana—: la de su eficacia o vinculación jurídica o meramente programática y la de su alcance o repercusión institucional. La interpretación jurídica de esta fórmula no puede hacerse aisladamente y centrada exclusivamente en su literalidad textual, requiere, por el contrario, insertar su posible contenido en la dinámica de los demás preceptos normativos, declaraciones constitucionales y normas o principios programáticos reconocidos en el texto constitucional. Al mismo tiempo, y con carácter previo, se hace preciso valorar su significación general en la trayectoria de las ideas jurídico-políticas para poder calibrar el alcance de la formulación española que, por otra parte, carece de antecedentes en nuestros textos constitucionales.

La expresión Estado de Derecho remite —análogamente a otras fórmulas, alumbradas en diferentes sistemas o contextos jurídicos, tales como «principio de legalidad», imperio de la ley (*rule of law*), *due process of law* o «legalidad socialista»— (3) a la vigencia de una idea cardinal: el sometimiento del poder al Derecho o a las leyes, y, en definitiva, la sustitución del gobierno de los hombres por las leyes. La prevalencia emblemática de la fórmula Estado de Derecho en los sistemas jurídicos germánico y latinos obedece a razones de índole histórica y de carácter dogmático, si bien, como simple medio conceptual descriptivo, ha adquirido una dimensión casi universal en nuestros días. Lo relevante, no obstante, del concepto de Estado de Derecho reside en la carga axiomática de que aquél es portador, lo que le ha permitido adaptarse, sucesivamente, a las transformaciones de la idea misma de

(3) Un análisis comparativo de la significación de estos conceptos en G. TREVES: *Considerazioni sullo stato di diritto*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1959, pp. 399-418.

Estado, desvinculándose del núcleo de problemas iniciales que intentaba reflejar. Esta peculiar característica del concepto explica la tensión entre su presentación como idea abstracta y su intento de concreción técnico-jurídica, tensión que se agudiza cuando se pretende plasmar en un texto constitucional y se aspira a deducir del mismo eficacia vinculante. Sólo en determinadas etapas de su evolución se ha conseguido una correspondencia entre su formulación general y una fijación institucional caracterizadora, y ello siempre de una forma precaria, motivo que justifica que muchos autores consideren que se trata de un concepto normativo inútil (4) y de imposible aprehensión. La clave de su comprensión reside, no obstante, en la aceptación de que nos hallamos ante un concepto inseparable de su trayectoria histórica.

El Estado de Derecho emerge históricamente como *Rechtsstaat* y, en consecuencia, vinculado a los presupuestos político-constitucionales de la realidad política germánica. El movimiento en favor de la instauración en Alemania de un *Rechtsstaat* es obra principalmente del liberalismo conservador germánico, una vez alejados definitivamente los intentos, a raíz del proceso revolucionario de 1848, de implantar un Estado constitucional en sentido moderno. El principal representante de esta corriente es R. GNEIST (5), quien pretende elaborar una teoría del Estado de Derecho o Estado Jurídico, partiendo de la eliminación de los dos ingredientes básicos del constitucionalismo moderno: el reconocimiento de unos derechos públicos subjetivos y del parlamentarismo (6). R. GNEIST quiere construir un Estado de Derecho a modo de una Constitución ideal, inducida de los presupuestos jurídicos tradicionales netamente germánicos (7) aplicados a la sociedad

(4) En un reciente trabajo, M. S. GIANNINI: «Stato sociale: una nozione inutile», en *Scritti in onore di Constantino Mortati*, «Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale», Università di Roma, Giuffrè, 1977, vol. I, pp. 142-165, lleva a cabo un profundo estudio sobre la significación política y técnico-jurídica del Estado de Derecho.

(5) R. GNEIST: *Lo stato secondo il Diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna, E. N. Zanichelli, 1884.

(6) Una aguda crítica sobre los planteamientos ideológicos de GNEIST y del liberalismo alemán: G. DE RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, Madrid, 1944, páginas 223-233.

(7) Para R. GNEIST: *Lo stato secondo il Diritto*, op. cit. Los principios tradicionales del programa del Derecho Público germánico pueden sintetizarse de la siguiente manera: «Que una autoridad política independiente debe fijar normas a la vida exterior de los hombres en la esfera de la posesión o de la profesión; que la acción del Estado debe tener por fin la tutela del Derecho y al mismo tiempo el mejoramiento de las clases inferiores; que el orden exterior puede ser mantenido mediante el empleo de la coacción; que la obediencia a la ley y a la autoridad es la primera condición de la libertad civil», p. 31.

moderna. El eje del modelo propuesto por GNEIST (8) debe basarse en la supremacía del poder administrativo en el Estado, con un mínimo de parlamentarismo, y con la admisión en los niveles administrativos inferiores de funcionarios honorarios junto a los burócratas (resucitando la vieja concepción del *selfgovernment* germánico). La esencia del Estado de Derecho residirá en la admisión de una Justicia Administrativa que controle la sumisión del poder administrativo del Estado de Derecho; el ejercicio de la función administrativa a las normas jurídicas preestablecidas. Por ello, proclama GNEIST, la adhesión plena — pese a su antagonismo político — a las palabras de STHAL definitorias del Estado de Derecho: «El Estado ...debe determinar la dirección y los límites de su acción con precisión jurídica, asegurando la inviolable ejecución, garantizando la libertad de los ciudadanos y no promover gubernativamente las ideas morales, ni realizar la coacción, sino con respecto a la esfera de los derechos. Este es el verdadero concepto del Estado de Derecho, no ya que el Estado sea solamente un ordenamiento judicial sin finalidad administrativa o que deba limitarse exclusivamente a la tutela de los derechos individuales. El concepto del Estado de Derecho expresa no el fin ni el objeto del Estado, sino su carácter propio, el modo y el método de su actividad» (9).

El modelo de Estado de Derecho propuesto por GNEIST era, desde el punto de vista constitucional, un arcaísmo (10), pero su supervivencia como concepto jurídico se debe fundamentalmente a haber subrayado y enfatizado la necesidad de que el Estado en cuanto poder administrativo debe someterse al Derecho (*subditus ius*); sometimiento que se garantiza a través de un sistema de Justicia administrativa. Esta

(8) Antes de la formulación de dicho modelo pasa revista a los sistemas jurídicos inglés y francés. De Inglaterra es necesario imitar el culto al derecho tradicional que siempre se ha mantenido fiel a la idea del imperio de la ley y del derecho; por el contrario, su sistema parlamentario sólo es válido en cuanto se halla limitado, corregido en la práctica por el *Selfgovernment* de las autoridades locales. Por lo que respecta a Francia, niega en absoluto la existencia de un Estado de Derecho por la dependencia absoluta de las autoridades administrativas del Parlamento y la ausencia de un autogobierno municipal, así como por la inexistencia de una auténtica jurisdicción contencioso-administrativa independiente y que controle los aspectos políticos de la Administración. *Vid.* R. GNEIST: *Lo Stato secondo il Diritto*, op. cit., cf. pp. 34-56 y 137-184.

(9) R. GNEIST: *Lo Stato secondo il Diritto*, op. cit., pp. 29-30.

(10) Para G. RUGGIERO: *Historia del liberalismo europeo*, op. cit., a la doctrina de GNEIST cabe oponer una fácil objeción. «Aunque se admitiera que la forma política del parlamentarismo fuera una mera fachada, la constitución del Estado de Derecho se parece a un edificio sin fachada. GNEIST ha aprendido todo de Inglaterra, salvo el arte de hacer una obra completa», p. 223.

circunstancia explica el éxito de su enunciado en la doctrina administrativista (11) y su desarrollo posterior, especialmente en la obra de O. MAYER. La dogmática de Derecho Público, desde GERBER a JELLINECK, aceptado este esquema inicial lo perfeccionará, insertando en su contenido la teoría de los derechos públicos subjetivos y los demás elementos del régimen constitucional, transformándose el concepto de Estado de Derecho en un instituto capital del Derecho público, a modo de expresión de una Constitución ideal, legitimadora del Estado Liberal (12).

La identificación del Estado de Derecho con el Estado Liberal implicará el ingreso del concepto en el debate ideológico de la ciencia política y la sociología, adquiriendo nuevas dimensiones a costa de perder su especificidad en la ciencia jurídica. La emergencia del Estado Totalitario dará lugar a un dilatado proceso de confusión conceptual, especialmente por el hecho de que los sistemas autoritarios que niegan sus fundamentos pretenderán presentarse, vanamente, como tales estados de derecho (13). En la posguerra, el hundimiento de los Estados Totalitarios propiciará el renacimiento del genuino concepto de Estado de Derecho, constitucionalizándose con la adición del término Social. Con la nueva fórmula se pretende hacer referencia a una estructura constitucional que reconoce los derechos sociales para cuya efectividad se demanda la presencia de una Administración interventora de carácter prestacional y transformadora del orden social y económico (14). El debate que suscita el Estado Social de Derecho discurre, en una primera etapa, en torno a la posible compatibilidad de los principios

(11) La contribución de los administrativistas alemanes en la construcción del concepto ha sido puesta de manifiesto por M. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977: «... los tratadistas alemanes de Derecho Administrativo, quienes, una vez que el concepto había perdido su originario sentido polémico, construyen una teoría políticamente aséptica, pero sustentada, sin embargo, sobre unos valores jurídicos cuya evidencia ya no los hacía discutibles y sobre una estructura de poderes completamente concretos, todo lo cual era una actualización axiológica y organizativa, fuera del liberalismo sin adjetivación, fuera del liberalismo democrático», p. 53.

(12) C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*. ERDP (reimpresión) es el máximo representante de la identificación del Estado de Derecho con el Estado liberal burgués, pp. 41-43.

(13) Sobre la tensión entre Estado de Derecho y Estado totalitario son especialmente ilustrativas las observaciones de C. CARISTIA: *Ventura e avventure di una formula: «Rechtsstaat»*, «Rivista di Diritto Pubblico», 1934.

(14) En la literatura española, P. LUCAS VERDÚ: *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955; R. ENTRENA CUESTA: *Notas sobre el concepto y clases del Estado de Derecho*, núm. 33 de esta REVISTA, 1960, y, en especial, ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, «Cuadernos para el Diálogo», 1966, y M. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, op. cit.

del clásico Estado de Derecho con el Estado Social (15); para dar paso a una nueva inflexión conceptual que pretende reflejar la necesidad irreversible de que el Estado Social de Derecho sólo puede realizarse plenamente como Estado democrático en el orden político, social y especialmente en el económico (16). Obviamente, esta última caracterización —recientemente se habla, incluso, de Estado de Justicia (17)— es difícilmente identificable en términos institucionales y jurídicos definitorios (18), pero, indudablemente apunta a la exigencia de extender la vinculación al Derecho y a la Justicia de todos los poderes públicos y no exclusivamente al núcleo inicial del poder administrativo, limitado orgánica y funcionalmente, del Estado de Derecho clásico.

Del examen de estos antecedentes se desprende que la Constitución española ha pretendido constitucionalizar, en una fórmula sintética, toda la esencia de esta trayectoria experimentada en el mundo occidental por el Estado de Derecho (19).

2. Principios constitucionales que configuran el Estado social y democrático de Derecho

La formulación constitucional del Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1) quedaría reducida a una mera funcionalidad emblemática (20), si no se complementara su virtualidad con el descubrimiento de los principios informadores de su contenido esencial y existencial, bien en forma de proposiciones jurídicas, directrices, principios generales, bien como preceptos constitucionales que positivizan un concreto principio. En diversos ordenamientos constitucionales, la búsqueda de estos principios —no expresamente positivizados— se lleva a cabo a través de la función interpretativa del texto cons-

(15) E. FORSTHOFF: *La Repubblica Federale tedesca come Stato di Diritto e Stato sociale*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1956.

(16) F. NEUMAN: *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bolonia, 1973.

(17) Una amplia exposición: E. DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit.

(18) Una crítica muy interesante en M. S. GIANNINI: *Stato sociale: una nozione inutile*, op. cit.

(19) Vid. sobre el posible significado de esta fórmula P. LUCAS VERDÚ: *El título del anteproyecto constitucional*, en «Estudios sobre el proyecto de Constitución», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 11 y ss.

(20) Como ha puntualizado plásticamente GAGOLINI: *Sociologia e fenomenologia del potere politico*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1964, «lo stato di diritto non è un recipiente ben costruito e da conservare come tale per versarvi dentro il vino della giustizia», p. 389.

titucional, apelando a los Preámbulos o Exposiciones de motivos de la propia Constitución o de los precedentes constitucionales (21), o bien remitiéndose el intérprete a presupuestos suprapositivos o ius-naturalistas. La Constitución española de 1978 participa plenamente de esta orientación de vincular los preceptos positivos o puramente normativos a principios generales superiores al sistema constitucional. Y para ello, no sólo ha incorporado a la Constitución un Preámbulo de redacción escueta, pero que contiene indudables principios axiológicos con una gran carga valorativa para deducir criterios y parámetros de interpretación del propio orden constitucional y del ordenamiento jurídico ordinario, sino que ha hecho patente su voluntad de plasmar positiva o normativamente algunos de estos principios, mediante la introducción de un Título preliminar (artículos 1 al 9) como parte integrante de la propia Constitución, eliminando toda duda posible sobre su eficacia vinculante para la integridad de la vida estatal y jurídica. Este Título preliminar cumple una función similar a la de acotar un ámbito de superlegalidad constitucional con eficacia vinculante y de interpretación general de la Constitución. En otras partes de la Constitución es posible percibir la formulación análoga de principios informadores, bien en preceptos aislados, bien en bloques normativos, como en el supuesto de los artículos 39 a 52, bajo la rúbrica de «Los principios rectores de la política social y económica», cuya interpretación debe coordinarse con el Título VII sobre Economía y Hacienda (artículos 128 a 136).

El destino de estos principios generales, inducidos o positivizados, es presidir todo el proceso de interpretación o realización de la Constitución, entendida ésta como un proceso dinámico, como un «fieri» o un devenir ya que la Constitución, como puntualiza plásticamente F. MODUGNO (22), no es exclusivamente *ordo ordinans et ordinatus*, sino una síntesis de ambos elementos. Serán, en primer lugar, los Poderes públicos (Parlamento, Ejecutivo y Comunidades Autónomas), en cuanto gestores del proceso constitucional, los directamente vinculados por el respeto a estos principios en sus respectivas instancias. Al

(21) La apelación a los Preámbulos de las Constituciones tiene una especial significación en la doctrina del Derecho público francesa. Una visión crítica sobre la función de los principios constitucionales se ha manifestado recientemente: G. MORANGE: *Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit*, en «Revue de Droit Public», 1977, pp. 761 y ss.

(22) F. MODUGNO: «Il concetto di costituzione», en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, «Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale», Università di Roma, Giuffrè, 1977, vol. I, pp. 199 y ss.

Tribunal Constitucional y a los Tribunales Ordinarios, en su esfera, corresponderá la alta misión de la interpretación creativa de estos principios, inmanentes o positivizados, deduciendo sus últimas consecuencias en orden a su misión de control de los poderes públicos. Un protagonismo singular deberá atribuirse a la doctrina científica en el descubrimiento, fijación y explicación, a través *lege aertis et doctrinae* (23), de estos principios informadores del orden constitucional de vigencia general y absoluta, procurando su sucesiva adaptación a la dinámica social y económica potenciada por el propio esquema constitucional (24).

No podemos, en la presente ocasión, verificar un examen exhaustivo de los principios informadores del sistema constitucional y de las posibilidades potenciales que ofrece el texto constitucional de 1978 en este orden de ideas, pues ello exigiría una densa monografía, empresa científica que consideramos de la máxima importancia y urgencia para una interpretación profunda de la Constitución y que, sin duda, la doctrina de Derecho público deberá abordar en un futuro próximo. Nuestro propósito es mucho más simple y reducido: ofrecer una catalogación—en gran medida convencional—de aquellos principios positivos—enunciados específicamente en el texto constitucional—que reflejan los elementos configurantes del Estado de Derecho, en su sentido tradicional y en su moderna presentación como Estado social y democrático. Esta catalogación pretende simplemente ofrecer una primera aproximación de las posibilidades de sistematización de principios en función de la caracterización del Estado de Derecho en cada una de sus etapas de evolución y el grado o intensidad de su captación o consagración positiva.

A) El Estado de Derecho tradicional o liberal se configuraba en base a unos presupuestos estructurales (división de poderes, reconocimiento de derechos individuales y existencia de una Justicia administrativa) y en la admisión de unas técnicas jurídicas destinadas a eliminar la arbitrariedad de los poderes públicos en su intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos (sumisión de la Administración a la Ley). El examen sistemático del texto constitucional revela

(23) Vid. J. ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, E. Bosch, 1961.

(24) Vid. MARC DEBENE: *Le conseil constitutionnel et «Les principes particulièrement nécessaires a notre temps»*, en «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», nov. 1978, pp. 531 y ss.

cómo de una forma completa y exhaustiva se reconocen estos parámetros:

- En orden a los presupuestos estructurales: el Preámbulo proclama la voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; la división de poderes está implícitamente admitida bajo la fórmula de Monarquía parlamentaria (artículo 1.3); los derechos y deberes fundamentales, ampliamente reconocidos en el Título I (artículos 10 a 54), se reputan como «fundamento del orden político y de la paz social» (artículo 10.1); la existencia de una Justicia Administrativa está expresamente reconocida en el artículo 106...
- Las técnicas jurídicas propias para combatir la arbitrariedad de los poderes públicos son objeto de una regulación detallada sistemática y exhaustiva que carece de precedentes en nuestro derecho constitucional: sumisión de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (artículo 9.1); sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103), y garantía constitucional del «principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (artículo 9.3).

B) El núcleo esencial de principios caracterizadores del llamado Estado social de Derecho se contiene, a nuestro juicio, en el artículo 9.2 de la Constitución, al proclamarse que la misión de los poderes públicos es «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivamente remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». El principio de igualdad «real y efectiva» —la garantía de la igualdad ante la ley o igualdad formal está expresa y significativamente consagrada en otro precepto constitucional (artículo 14)— es absolutamente cardinal en el esquema constitucional en cuanto determinante de la categoría de los derechos de índole social y económica, y de la vinculación de los poderes públicos —con especial aplicación a la Administración pública— a la remoción de

«los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». En definitiva, se configura un Estado social conforme al modelo de Estado de Bienestar que asegure la satisfacción de las necesidades colectivas y las condiciones esenciales de la existencia mediante la prestación de una serie de servicios públicos —lo cual es especialmente significativo para vislumbrar la posición constitucional de la Administración pública—, pero con importantes correcciones, como tendremos ocasión de puntualizar —respecto a la visión puramente cuantitativa o «neocapitalista» del Bienestar.

En el ámbito de la categoría —un tanto imprecisa— de los derechos de índole social puede registrarse el reconocimiento de los derechos de educación (artículo 27); de trabajo (artículo 35); protección a la familia e infancia (artículo 39); seguridad social (artículo 41); pleno empleo (artículo 40); protección a la salud (artículo 43); derecho a la vivienda (artículo 47), y protección a la juventud, disminuidos físicos y tercera edad (artículos 48 a 50).

En orden a los principios informadores de la actuación de la Administración para la remoción de los obstáculos que impidan la efectividad del principio de igualdad (25), compatible con las premisas de la economía de mercado (reconocida en el artículo 38) y la posibilidad de una asunción pública de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio (artículo 128.2), pueden detectarse las siguientes directrices: promoción de las «condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica (artículo 40.1); modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (artículo 130.1), y eventual apelación a la planificación de la actividad económica general "para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución"» (artículo 131).

Estas notas características y tipificadoras del Estado Social, conforme al modelo occidental del Estado de Bienestar o de la Sociedad Industrial, de matiz neocapitalista, se aceptan en el texto constitucional con importantes matizaciones, complementos, o correcciones que no pueden pasar inadvertidas. Efectivamente, la concepción occi-

(25) Vid. el interesante artículo de J. FERRANDO BADÍA: *Los Estados sociales de Derecho tienden hacia un humanismo integral*, publicado en el periódico «Ya» (18-I-1979), pp. 5-6.

dental del Bienestar o Welfarismo se ha orientado hasta fechas recientes hacia un desarrollo o progreso meramente cuantitativo de bienes y productos de consumo, descuidando aquellos aspectos cualitativos que redundan en una mejora de la calidad de la vida, a nivel personal y social. En este sentido, como superación de esta visión del bienestar se detecta—dentro de las propias coordenadas ideológicas de la economía de mercado— un desplazamiento del Estado Social o de Bienestar hacia la nueva fórmula de un Estado o Sociedad posindustrial o poswelfarismo (26) que pretende precisamente atender a estos aspectos anteriormente olvidados. En la Constitución española de 1978 encontramos importantes huellas de esta transformación o cambio de orientación, especialmente en el capítulo tercero del Título I (Principios rectores de la política social y económica), en cuanto se dedica especial atención al fomento del deporte y el ocio (artículo 43); acceso a la cultura (artículo 44); disfrute de un medio ambiente y calidad de la vida adecuados (artículo 45); conservación del patrimonio cultural y artístico (artículo 46), y, de modo singular, en la regulación y utilización del suelo con fines urbanísticos (artículo 47), con objeto de hacer posible una vida urbana satisfactoria.

C) Mayores dificultades de precisión presenta la cualificación del Estado de Derecho como democrático, pues es sabido la pluralidad de interpretaciones de que es susceptible el término democracia por su carga ideológica. Desde un punto de vista técnico-jurídico, creemos que pueden ofrecerse tres vertientes de principios, reflejados en la Constitución, que apuntan a esta configuración del Estado de Derecho democrático: la admisión del pluralismo político, el reconocimiento de los intereses económicosociales y la idea de la participación.

La consagración del pluralismo político (artículo 1.1)—y correlativamente de la soberanía nacional (artículo 1.1)—tiene su principal y fundamental expresión en los Partidos políticos que según el artículo 6 «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política». Esta afirmación de la democracia política (27) no se complementa en el ámbito institucional con una ar-

(26) Sobre el tema, la interesante reflexión de MOIX MARTÍNEZ: *¿Hacia el poswelfarismo?*, en «Revista Estudios Políticos» (núms. 213-216), 1977, pp. 121 y siguientes.

(27) La configuración de la democracia política se complementa en la Constitución con el reconocimiento de una amplia descentralización política y administrativa a través de las Comunidades Autónomas (arts. 143 y ss.).

ticulación de la democracia economicosocial —una de las lagunas más significativas de la nueva Constitución, puesto que no se plantea ninguna solución al tema (28), a excepción de la imprecisa y ambigua alusión a un Consejo (artículo 131.2) para la elaboración de la planificación económica—, limitándose al reconocimiento de los Sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales (artículo 7), Colegios Profesionales (artículo 36) y Organizaciones profesionales de intereses económicos (artículo 52).

Especial énfasis, por el contrario, adquiere la idea de la participación (29) en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2) como compensación a esta ausencia de institucionalización de la democracia economicosocial. El principio de la participación es objeto de múltiples especificaciones en el texto constitucional: como derecho (artículo 23); en la empresa y seguridad social (artículo 129). En el ámbito del Derecho Administrativo, la participación adquiere especial relieve en el procedimiento administrativo (artículo 105) y en la gestión de determinados servicios, calidad de la vida o bienestar general (artículo 129.1).

D) Apurando los efectos de esta sistematización convencional todavía podríamos detectar principios e instituciones que permitirían calificar al Estado de Derecho como Estado de Justicia. En especial, la calificación como valor superior del ordenamiento, el principio de justicia (artículo 1.1); el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24); la instauración de una jurisdicción constitucional de las libertades públicas (recurso de amparo); y demás garantías judiciales a que haremos referencia más adelante.

(28) El peligro de un nuevo «corporativismo» y las limitaciones de los Consejos Económicos y Sociales como ejemplos que ofrece el Derecho comparado pueden haber influido en el ánimo de los constituyentes.

(29) La institución de la participación en lo económico puede conceptuarse como un remedio a la estatización. Como ha puesto de manifiesto agudamente J. MARIAS: *La España real*, Espasa Calpe, 1978 (4.ª edición), «lo que se ha solido llamar "socialización" ha sido casi siempre "estatización", transferencia al Estado de los que era poseído, organizado, administrado y realizado por los individuos o por la sociedad como tal», p. 255.

En todo caso, debe considerarse que el movimiento en favor de la participación surge como un remedio para paliar las limitaciones de la Democracia Parlamentaria. Vid. T. MARTINES: *Governo Parlamentare e Ordinamento Democratico*, Milano, 1967.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: AFIRMACIÓN Y MANIFESTACIONES CONSTITUCIONALES

En la concepción tradicional del Estado de Derecho ocupa un lugar absolutamente capital la dinámica del principio de legalidad de la Administración, hasta el extremo de que ambas concepciones se presentan, histórica y dogmáticamente, como inseparables. En este sentido deben suscribirse plenamente las palabras de D. JESCH «el concepto de Estado de Derecho no puede adquirir unos contornos claros sin que previamente haya sido explicado debidamente el propio principio de legalidad de la Administración» (30).

La formulación doctrinal del principio de legalidad de determinadas etapas ha cumplido la misión de suplir la ausencia a los grietas que una determinada estructura constitucional presentaba en orden a su plenitud y afirmación. De ahí su presentación y funcionalidad dogmática, doctrinal y abstracta. Por el contrario, en el marco del constitucionalismo, en sentido auténtico, su formulación doctrinal debe desarrollarse con referencia concreta a los preceptos constitucionales, generales o singulares, por cuanto se parte, como un «prius», de su admisibilidad y afirmación esencial. La referencia a los principios y preceptos constitucionales opera como presupuesto y horizonte para comprobar su exacta potencialidad y dinamismo en función de problemas y casos concretos (31).

La dogmática sobre el principio de legalidad de la Administración se ha elaborado progresivamente, a través de una serie de técnicas conceptuales—distinción entre Ley formal y material; primacía de la Ley; reserva de Ley; materias reservadas a la Ley, y relación entre Ley y Derecho—cuya utilización sigue siendo imprescindible para el análisis de nuestra recientemente promulgada Constitución—especialmente en un trabajo como el presente que aspira a ofrecer una visión o balance sistemático—, si bien la validez de estas categorías resulta más metodológica que sustantiva por cuanto muchas de

(30) DIETRICH JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, p. 4.

(31) El trabajo de SERGIO FOIS: *Legalità (principio di)*, en la «Enciclopedia di Diritto», vol. XXIII, pp. 659-703, es revelador de los frutos que pueden obtenerse del análisis de los preceptos constitucionales en orden a dicho principio.

las mismas al ser contrastadas con la estructura y preceptos constitucionales evidenciarán su superación o, inclusive, su insuficiencia. Con todo, su utilidad metodológica y plasticidad conceptual descriptiva aconseja su utilización en la presente ocasión para configurar el siguiente esquema:

1. *Consagración constitucional*

La proclamación constitucional del principio de legalidad se contiene explícitamente del artículo 9.2, al declararse que «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Entre los «poderes públicos» —expresión amplia y difusamente empleada por el texto constitucional y que, sin duda, exigirá un estudio sistemático y dogmático de su caracterización— debe incluirse inexorablemente a la Administración, institucionalmente configurada en los artículos 97 a 107. Como derivación de la cláusula general de sumisión de todos los poderes al Derecho, el propio artículo 9, en su apartado 3, prescribe que la propia Constitución garantiza con carácter absolutamente general la vigencia del «principio de legalidad».

Estas importantes declaraciones generales serían suficientes por sí mismas para asegurar la vigencia del principio de legalidad, no sólo con carácter informativo de un ordenamiento; sino más específicamente con vigencia vinculante en orden normativo. La Constitución, no obstante, ha querido reforzar y subrayar la sumisión de la Administración a la legalidad en todas las manifestaciones de su actividad: en el ejercicio de la potestad reglamentaria —artículo 97 «...de acuerdo con la Constitución y las leyes»— y con ocasión de su actuación por vía singular —el artículo 103.1 «...con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

2. *Primacia absoluta de la Ley*

Para verificar el alcance del principio de legalidad se hace preciso examinar la composición y la jerarquía del complejo normativo a que se extiende la idea de legalidad. La Constitución no contiene una enumeración o lista de materias atribuidas o reservadas a la Ley, si bien resultaría agotadora en la presente ocasión la enunciación de

preceptos que aluden a reservas concretas a la Ley (32); únicamente se precisan una serie de materias atribuidas exclusivamente a las Leyes Orgánicas (artículo 81.1). El texto constitucional tampoco da pie a la clásica distinción entre Ley en sentido formal y material, aunque no se excluye una contemp!ación de la Ley en sentido formal por referencia: a las propias Leyes Orgánicas; «disposiciones legislativas provisionales», en relación con los Decretos-leyes (artículo 86.1); «disposiciones normativas con fuerza de Ley» (artículo 161.1.a), y «normas con rango de Ley» (artículo 82.1); o «normas legislativas» (artículo 150.1), para referirse a los fenómenos de la legislación delegada. La Constitución descarta definitivamente la dialéctica reserva legal y reserva reglamentaria—como figuraba en el Anteproyecto, elaborado por la Ponencia del Congreso de Diputados (33)—, si bien se hace preciso considerar la existencia de una potestad reglamentaria constitucionalmente conferida al Gobierno (artículo 97) y a las Comuni-

(32) Las referencias a la «ley», Ley o a «leyes» es reiterada constantemente en multitud de preceptos de la Constitución que sería prolijo enumerar, especialmente en el Título I relativo a «los derechos y deberes fundamentales».

En este sentido conviene recordar las palabras de N. PÉREZ SERRANO en su obra *La Constitución española*, ed. «Revista de Derecho Privado», 1932, que al comentar la técnica jurídica de la Constitución de 1931 advierte que «la censura más seria que a la Constitución puede dirigirse, aparte lo referente a la mención de ranciedades y a muchas como la teoría de los estatutos (art. 15), consiste en el abuso que ha hecho de las referencias a "la ley", "las leyes", "una ley especial". La Constitución ha de sentar por lo menos un principio, una afirmación capital: si se limita a decir que tal o cual derecho será regulado "con arreglo a las leyes", no ha dicho nada, pues aun cuando el precepto constitucional faltara, seguiría ocurriendo lo mismo, ya que hoy se vive en un régimen jurídico. Y sin embargo, en todo el texto aprobado, y muy singularmente en la Declaración de derechos y en el Estatuto de funcionarios, abundan hasta la fatiga esas alusiones, que son en el mejor de los casos un pleonasma o un comodín y que en otras dan la falsa ilusión de que se reconocen como derechos lo que no pasa de ser un endoso a futuro legislador» (pp. 35-36).

Evidentemente, esta crítica estilística podría trasladarse a primera vista al articulado de la Constitución de 1978, por cuanto incide en análogas reiteraciones. Una valoración más profunda del tema revela—con independencia de las críticas estilísticas y gramaticales que puedan formularse—que, sin embargo, la alusión constante a la ley o leyes en relación con los Derechos y Deberes Fundamentales tiene en la vigente Constitución un sentido totalmente diferente al de la Constitución de 1931. La referencia a la ley o leyes no tiene como propósito anunciar un futuro desarrollo legislativo para su efectivo ejercicio, sino que la sustantividad de los derechos constitucionalmente garantizados actúan de límites para el legislador futuro que los desarrolle. En este sentido, el cambio de concepción en la vigente Constitución es radical.

(33) Artículo 72 (enumeración de las materias propias de la Ley) y artículo 79 (materias reservadas al Reglamento) del Anteproyecto de Constitución. Vid. «Boletín Oficial de las Cortes» núm. 44, 5 de enero de 1978. Para una crítica sobre esta primera versión de las relaciones entre Parlamento y Gobierno, vid. J. SOLÉ TURNA: *Los comunistas y la Constitución*, Forma Ediciones, 1978, pp. 87-93.

dades Autónomas (artículo 153.c), todo lo cual exige plantearse inexorablemente las relaciones Ley y Reglamento.

A la vista de estos fragmentarios preceptos constitucionales, se hace preciso la configuración del significado y esencia del principio de la primacía de la Ley, deduciéndola de la propia estructura o esquema constitucional. Dos principios cardinales articulan esta estructura: el reconocimiento de la titularidad del poder político en el pueblo (artículo 1.2, «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado»), y la articulación de la organización del ejercicio del poder político conforme al modelo del Régimen parlamentario (artículo 1.3, «la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria»). La Constitución, efectivamente, no se pronuncia explícitamente sobre el clásico principio de la división de poderes—la única alusión al concepto de poder se utiliza para hacer referencia en el Título VI al Poder Judicial (artículos 117 a 127)—; al institucionalizar el Ejecutivo (Gobierno y Administración en el Título IV) se hace con una descripción objetiva: función ejecutiva (artículo 97); y al regular el Legislativo (Título III de las Cortes Generales), se emplea la expresión técnico-jurídica «potestad legislativa del Estado» (artículo 66.2); pero, indudablemente, se postula su existencia y funcionamiento por la propia dinámica del modelo de Régimen parlamentario (Monarquía parlamentaria). La esencia del régimen parlamentario descansa en la supremacía constitucional del Legislativo—supremacía que no queda disminuida o condicionada por la existencia de un control constitucional de las leyes (34)— en cuanto el Parlamento es el depositario orgánico de la soberanía y que la propia Constitución subraya en el artículo 66.1, al determinar que «las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de Diputados y el Senado». De ello se deriva, en consecuencia, la primacía absoluta e irresistible de la Ley—en cuanto acto jurídico producido o creado por el Parlamento—que se impone a cualquier otra manifestación normativa del Ejecutivo, sin que pueda

(34) El control de la constitucionalidad de las leyes no pretende limitar la soberanía del Parlamento, sino, simplemente, velar para que los actos del Parlamento (la mayoría parlamentaria) se desvíen o pongan en peligro la Constitución y sus principios informadores. Vid. una interesante reflexión sobre los sistemas de control: G. VOLPE: *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977, y Ch. AUTEXIER: «Le nouveau conseil constitutionnel. Essai de definition de la fonction de contrôleur de constitutionnalité dans les democraties occidentales», en *Melanges J. Teneur*, Université de Lille, 1977, vol. I, páginas 5 y ss.

éste, en ausencia de delegación legislativa, alterar o modificar el contenido de una Ley. La primacía de la Ley parlamentaria es categórica, sin necesidad de apelar al concepto tradicional de reserva legal por razón de las materias—libertad y propiedad—frente a las manifestaciones normativas del ejecutivo. Las relaciones en el orden normativo entre el Parlamento (Cortes Generales) y Ejecutivo pueden estructurarse del siguiente modo:

A) La Ley parlamentaria tiene un supremacía absoluta, si bien existen una serie de materias, enumeradas en el artículo 81, que exigen su adopción a través del instituto de las Leyes Orgánicas, a modo de una superlegalidad ordinaria.

B) El Ejecutivo, salvo delegación legislativa y con los límites materiales (ámbito de las Leyes Orgánicas) y presupuestos o condiciones impuestas por los artículos 82.3 y 4 y 84, no pueden dictar normas con rango de Ley y, en consecuencia, modificar o alterar las Leyes.

C) La única excepción a la necesaria delegación legislativa, lo constituyen los Decretos-leyes que el Gobierno puede dictar con carácter provisional y con los condicionamientos previstos en el artículo 86, debiendo, además, ser convalidados por el propio Legislativo en el plazo de treinta días. De esta forma se instaura un equilibrio entre las situaciones de urgencia y necesidad, con la primacía de la Ley Parlamentaria que carece de antecedentes en nuestro ordenamiento constitucional.

D) La vigencia de la primacía de la Ley parlamentaria se hace compatible, en una forma también equilibrada y original, con el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno (artículo 97). De esta forma, el tradicional principio del fundamento institucional de la potestad reglamentaria de la Administración adquiere rango constitucional.

De la propia relación Parlamento-Ejecutivo, configurada en el texto constitucional, se desprende el alcance posible de la potestad reglamentaria, la cual no podrá revestir otro carácter que la meramente ejecutiva—reglamento ejecutivo—para desarrollar y complementar a la Ley. Y ello, porque no existe la posibilidad de un Reglamento independiente, al margen de toda habilitación legal, por no existir unas materias reservadas al Ejecutivo y por la prevalencia absoluta de la Ley. Inclusive hay que entender, en una interpretación literal

rigurosa que en materia organizativa —ámbito que la doctrina (35) tradicionalmente admite como posibilidad y legitimidad de los Reglamentos independientes, por entender que afecta a una materia propia de la potestad doméstica de la Administración— la viabilidad de los Reglamentos independientes queda extraordinariamente limitada a la vista del artículo 103.2, «los órganos de la Administración son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley».

La reducción de la potestad reglamentaria a estos angostos límites, no permite, sin embargo, considerar de imposible aplicación y existencia la técnica de las remisiones normativas (globales o singulares) al ámbito y ejercicio de la potestad reglamentaria (36). Y ello porque el artículo 97 condiciona el ejercicio de la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las leyes», por lo que cabe perfectamente que una Ley —con la única excepción, probablemente, de las Leyes Orgánicas— se remita a una posterior regulación o complemento por vía reglamentaria. Por el contrario, hay que entender definitivamente clausurado el fenómeno, ampliamente difundido en el derecho precedente, de la deslegalización de materias, por implicar una alteración del esquema constitucional de las relaciones entre Parlamento y Ejecutivo y, por lo tanto, contrario a la Constitución.

Análogos principios deben considerarse de aplicación a la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas, extremo en el que no podemos detenernos en la presente ocasión. La Constitución no alude a los llamados Reglamentos Autonómicos (emanados de Entidades de Derecho Público y Corporaciones Locales), pero creemos que estas figuras están análogamente sometidas a las limitaciones propias de la potestad reglamentaria de la Administración del Estado.

3. *Reservas legales derivadas del reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales*

La Reserva de Ley en su formulación tradicional afectaba a la necesaria regulación por Ley formal de materias o cuestiones relacionadas con la propiedad y la libertad. Del esquema de las relaciones

(35) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. Civitas, 1974, p. 138.

(36) Sobre el fenómeno de la remisión normativa, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970.

Parlamento-Ejecutivo y de la primacía de la Ley Parlamentaria, se deduce, en cierto modo, la inutilidad de seguir hablando de reserva de Ley. No obstante, la Constitución contiene multitud de cláusulas concretas de reservas legales. Ahora bien, el sentido de estas reservas legales no es tanto expresar, por vía singular, la necesaria intervención del Legislativo y, en consecuencia, la exclusión del Ejecutivo, cuanto la necesidad de afirmar y proclamar la subordinación o vinculación de la soberanía del Parlamento por la existencia y reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Prototipo de estas reservas lo constituye el artículo 53.1 para los derechos y libertades, reconocidas en el capítulo segundo (artículos 14 a 38) del Título I de la Constitución. El ámbito de esta reserva es extraordinariamente amplio en cuanto se extiende a los siguientes aspectos:

- Su vinculación se extiende a todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial).
- El ejercicio de estos derechos y libertades sólo podrá regularse por Ley (en forma, además, de Ley Orgánica, según el artículo 81.1).
- La Ley reguladora del derecho deberá, además, respetar su «contenido» esencial—la influencia de la Ley Fundamental de Bonn es manifiesta en este punto—, concepto que exigirá una interpretación muy depurada por parte del Tribunal Constitucional (37).
- Para algunos derechos, en particular, la reserva legal se extiende incluso a la prohibición de la utilización de medidas típicamente administrativas para la regulación de su ejercicio, impidiéndose con ello toda interpretación del ejercicio de los derechos subordinada a la previa intervención administrativa (38). En este sentido, pueden citarse los siguientes ejemplos ilustrativos; artículo 20 (eliminación de la censura previa, secuestro de publicaciones exclusivamente por sentencia judicial); artículo 21 (eliminación de la autorización previa para el derecho de reunión); artículo 22 (carácter no constitutivo de los Registros

(37) Vid. E. STEIN: *Derecho político*, B. J. Aguilar, 1973, pp. 247 y ss.

(38) Vid. J. RIVERO: *Les libertés publiques*, PUF, 1973, pp. 176-198, y en especial P. LIVET: *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, LGDJ, 1974.

administrativos para las Asociaciones); artículo 25.3 (prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad).

- La tutela de estas libertades —si bien sólo las comprendidas en el artículo 14 y Sección I (artículos 15 a 29)—se reserva a los Tribunales Ordinarios (por procedimiento sumario) y a la jurisdicción constitucional (recurso de amparo).

Este régimen de reserva legal reforzada no se exige, por el contrario, para los llamados «principios rectores de Política social y económica» (artículos 39 a 52), que forman parte también del Título I de la Constitución, cuyo desarrollo se atribuye análogamente a la Ley, pero sin las anteriores garantías institucionales. Con independencia de la densa problemática general que pueden plantear estos Principios rectores dentro del marco general de los Derechos y Deberes Fundamentales, debe advertirse una posible contradicción en orden al juego de la reserva legal reforzada para el derecho de propiedad y el derecho a la iniciativa económica. Así el derecho de propiedad, en su consideración abstracta (artículo 33) participa de la reserva legal reforzada del artículo 53.1, pero un examen atento del texto constitucional revela que la Constitución admite diversas formas o tipos de propiedad, algunos de los cuales no gozan de análoga protección. Así la propiedad histórica, cultural y artística (artículo 46), la propiedad del suelo (artículo 47), las limitaciones a la propiedad por razón del medio ambiente y la calidad de la vida (artículo 45) no están comprendidas dentro del ámbito protector del artículo 53.1. Análogas consideraciones cabe observar en relación con el derecho a la iniciativa económica o libertad de empresa (artículo 38); pues si bien está condicionada a las exigencias de la economía general y de la planificación, se halla amparada por el respeto a su contenido esencial (artículo 53.1). Sin embargo, en otros preceptos constitucionales se establecen limitaciones difícilmente compatibles con esta pretensión de su respeto esencial: el artículo 128 contempla la subordinación al interés general de toda riqueza y a la posible asunción por el sector público en caso de recursos o servicios esenciales, y de modo especial cuando constituyan monopolios; o el contenido del artículo 131 en cuanto a los fines que pretenden atribuirse a la Planificación.

Estas contradicciones u orientaciones constitucionales divergentes van a plantear, sin duda, dificultades en el desarrollo de la Constitu-

ción, si se tiene en cuenta la especial sensibilidad que suscitan las cuestiones relativas al derecho de propiedad y a la iniciativa económica. Una vez más tendrá que ser el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, el órgano encargado de eliminar o salvar estas posibles antinomias.

4. *Relación entre Ley y Derecho: la referencia a principios constitucionales de vinculación general*

La afirmación del principio de supremacía de la Ley parlamentaria no desemboca en un culto o apología del mero legalismo o positivismo, extremo que sería particularmente grave para un Estado de Derecho de carácter social y democrático que aspira a satisfacer las exigencias sociales en el marco del respeto al principio de igualdad real y efectivo. El proceso de degradación cualitativa y cuantitativa a que se ve sometida la Ley parlamentaria en un Estado moderno —fenómeno ampliamente estudiado por la doctrina (39)— se ve contrarrestada en la nueva Constitución española por la referencia a una subordinación de todos los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) a principios o parámetros jurídicos que en ningún caso pueden soslayarse y cuya observancia corresponde apreciar al Tribunal Constitucional y a los Tribunales ordinarios en sus distintas facetas. En diversos artículos se alude a esta expresa subordinación de toda la actividad estatal a los principios Constitucionales: artículo 1.1, «valores superiores de su ordenamiento jurídico»; artículo 9.1, «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; artículo 9.2, referencia concreta al principio de igualdad; el apartado 3 del artículo 9 enumera un catálogo de principios garantizados por la Constitución; el artículo 10, a «los fundamentos del orden político y de la paz social»; el artículo 27.6, «dentro del respeto a los principios constitucionales»; el artículo 53.1, respeto al «contenido esencial» de los derechos. Y con especial referencia a la Administración pública: artículo 97, «de acuerdo con la Constitución y las leyes», y el artículo 103.1, «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

Todos estos principios constitucionales se imponen a la Ley parlamentaria, cuya garantía se confía al Tribunal Constitucional. Pero,

(39) Un reciente estudio sobre el tema, JEAN PIERRE HENRI: *Vers la fin de l'état de droit?*, «Revue du Droit Public», 1977, pp. 1208-1235.

al mismo tiempo, son de directa aplicación a la Administración por medio del control judicial de la misma, aun cuando actúe aquélla bajo la cobertura de una ley (*interpósito legislatoris*). La conformidad sustancial —no meramente formal— de la actuación administrativa, no sólo con la ley sino también con la Constitución y sus principios, se impone como una exigencia insoslayable y uno de los méritos más relevantes de la Constitución. En este sentido conviene destacar y recordar las palabras de O. BACHOF: «El control de la legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración, significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución» (40). En este orden de consideraciones puede concluirse que la Constitución impone una nueva dimensión a la Jurisdicción contencioso-administrativa en su tarea de control judicial de la Administración.

IV. GARANTÍAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

El sistema de garantías institucionales configurado por la Constitución para hacer efectivo el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho es extraordinariamente completo, registrándose innovaciones que carecen por su amplitud de antecedentes en nuestra historia constitucional y jurídica, a la vez que se consagra la recepción de las innovaciones más recientes en este orden decantadas por el Derecho Constitucional comparado. La Constitución se limita a instaurar los diversos sistemas de garantías, perfilando sus presupuestos esenciales, si bien deberá esperarse al desarrollo de la misma, por Ley Orgánica u Ordinaria, para conocer su exacto alcance y dinámica, así como su exacto engranaje; aspecto este último que de una primera exégesis del texto constitucional se revela como de los más preocupantes, por cuanto del acierto de su coordinación dependerá en gran medida la eficacia del sistema como totalidad y de cada uno en particular.

Una descripción de los diversos sistemas permite trazar el siguiente cuadro:

(40) O. BACHOF: *Jueces y Constitución*, «Cuadernos Taurus», Madrid, 1963, p. 32.

1. *Garantías constitucionales*

En el orden constitucional se instaura un control de la constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de Ley. Dicho control reviste doble modalidad: un control orgánico y específico, a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 161), y un control difuso a cargo de los Tribunales Ordinarios (artículo 163), si bien su intervención queda limitada a la apreciación de una posible inconstitucionalidad y al planteamiento formal ante el órgano decisor —el Tribunal Constitucional—, sin que en ningún caso su planteamiento tenga carácter suspensivo.

La Constitución, al mismo tiempo, lleva a sus últimas consecuencias el control de todos los actos de los poderes públicos al configurar una Jurisdicción Constitucional de las Libertades Públicas (41) arbi-trando una tutela específica de las mismas a través del reconocimiento del Recurso de Amparo (artículos 53 y 161 b), remedio jurisdiccional que contaba ya con antecedentes en el constitucionalismo español. Esta instancia singular de la tutela de las libertades públicas no anula ni desplaza, sin embargo, el control judicial ordinario (artículo 53.2), si bien el engranaje entre ambos sistemas —concurrente o alternativamente— no queda perfilado con la suficiente nitidez y precisión que sería de desear (42).

Se confía, al mismo tiempo, al ámbito de las garantías constitucionales, el control por parte del Gobierno de las disposiciones normativas y resoluciones dictadas por los órganos de las Comunidades Autónomas (artículo 161.2). De ello se deriva la eliminación de una tutela meramente administrativa o gubernativa de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias privativas asumidas en régimen de autogobierno. Por el contrario, aquellas competencias que ejerzan las Comunidades Autónomas, por vía de delegación o transferencia del Estado, podrán ser objeto de controles y fiscalizaciones típicamente administrativas (artículo 150.3).

(41) Sobre la evolución de los actos de los poderes públicos, desde los actos judiciales (casación), actos administrativos (justicia administrativa), actos legislativos (control de la constitucionalidad de las leyes), hasta la tutela constitucional de las libertades públicas, vid. M. CAPELLETI: *Processo e ideologie*, II Mulino, 1969, pp. 486 y ss.

(42) Vid. la reciente e importante Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona. En su Disposición final se prevé que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento jurisdiccional de

2. Control judicial ordinario

En el orden estrictamente judicial, el artículo 106 proclama que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Constituye este sistema el propio y tradicional de la Justicia Administrativa —aun cuando el precepto transcrito hace una referencia *in genere* a los Tribunales—, mientras que para las Comunidades Autónomas se alude de forma expresa y nominativa a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La admisibilidad absoluta y sin límites ni restricciones del control judicial parece eliminar toda posible exención o limitación en el enjuiciamiento del poder administrativo, lo que permite augurar, entre otras posibles revisiones de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la eliminación o práctica desaparición de los llamados actos políticos o de gobierno.

3. Control parlamentario

El control político o parlamentario de la Administración, a través del Gobierno, tiene un amplísimo reconocimiento, conforme a las exigencias y postulados de un régimen parlamentario (43). El derecho de información de las Cámaras (artículo 109); el régimen de interpe-laciones y preguntas (artículo 111); la Constitución de Comisiones de Investigación y Encuesta; la Cuestión de Confianza y la Moción de Censura (artículos 112 y 113), y aprobación del Presupuesto (artículo 134) constituyen los instrumentos más representativos para llevar a efecto este tipo de control. A mayor abundamiento, el artículo 29, con carácter general, reconoce el Derecho de Petición, lo que ha de permitir a los ciudadanos instar al Parlamento para poner en marcha los mecanismos de fiscalización de la Administración.

amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ámbito de protección de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella».

Sobre el Anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, *vid.* MARTÍN BASSOLS COMA: *Sobre los principios originarios del Derecho administrativo y su evolución*, en «Documentación Jurídica» núm. 18, abril-junio 1978, pp. 433 y ss.

(43) *Vid.* MARTÍN BASSOLS COMA: *Consideraciones sobre los controles extrajurisdiccionales de la Administración: en torno a la reforma del Estatuto del Mediateur Francés*, núm. 82 de esta REVISTA, 1977, pp. 381 y ss.

4. Controles extrajudiciales: el Defensor del Pueblo

El artículo 54 de la Constitución prevé la creación de la figura del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes «para la defensa de los derechos comprendidos en este Título (Título I), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales». La admisión de esta institución —cuyas funciones han sido objeto de distintas matizaciones a través de las diversas fases del proceso constituyente (44)— implica la recepción en nuestro ordenamiento constitucional de la figura del *Ombudsman* de origen escandinavo y que ha tenido su adaptación correspondiente en el régimen anglosajón —el Comisario Parlamentario para la Administración— y, en algunos sistemas de régimen administrativo (el *Mediateur* francés, creado en 1973 y cuyo Estatuto ha sido recientemente modificado por una Ley de 24 de diciembre de 1976). La importancia de esta figura descansa, principalmente, en su ampliación en un país de una amplia tradición en materia de Justicia Administrativa. Con ello se innova un sistema de control que pretende —como en la mayoría de los países que lo han aceptado— suplir la insuficiencia y poca efectividad del Derecho de Petición ante los Parlamentos y algunas lagunas o deficiencias que ofrece el sistema de Justicia Administrativa ante modernas manifestaciones de la actividad administrativa (inactividad material de la Administración, arbitrariedades difíciles de corregir, defectuoso funcionamiento de servicios públicos, supuestos de *maladministration*...). (45).

Los perfiles institucionales decantados por la Constitución en orden al Defensor del Pueblo son poco claros y abren importantes interrogantes, especialmente en sus relaciones con el sistema de la Justicia Administrativa y con la existencia de otras instituciones con funciones en cierta medida paralelas. Sirva como ejemplo más relevante el de sus conexiones o interferencias con el Ministerio Fiscal (artícu-

(44) El texto del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados («Boletín Oficial de las Cortes» núm. 135, del día 24 de julio de 1978) atribuía al Defensor del Pueblo la misión de velar «igualmente por el respeto de los principios del Estado de Derecho por parte de los poderes públicos». El texto definitivo de la Constitución eliminó este importante contenido, si bien sigue manteniendo la legitimación para la interposición del recurso por inconstitucionalidad de las leyes (art. 162.1 a).

(45) Vid. MARTÍN BASSOLS COMA: *Consideraciones sobre los controles extrajudiciales de la Administración*, op. cit., núm. 82 de esta REVISTA, 1977, pp. 381 y siguientes.

lo 124) (46), al que se le atribuye «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley...». En la última redacción del texto constitucional de la Comisión Mixta Congreso-Senado se ha otorgado concurrentemente a ambas figuras la legitimación para interponer el Recurso de Amparo (artículo 162.1.b). Corresponderá a la Ley Orgánica que desarrolle su estructura y funcionamiento trazar con caracteres definidos el marco institucional del Defensor del Pueblo para evitar desviaciones y posibles incongruencias que afectarían gravemente el futuro de esta importante pieza para el funcionamiento del Estado de Derecho.

(46) La configuración del Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad ha sido recientemente objeto de reconocimiento explícito en el recurso contencioso-electoral: artículo 73 del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales.

