

# NOTAS SOBRE EL CONCEPTO Y CLASES DE ESTADO DE DERECHO<sup>(1)</sup>

POR

RAFAEL ENTRENA CUESTA

Catedrático de Derecho administrativo  
de la Universidad de La Laguna.

**SUMARIO:** 1. Dificultades y métodos para elaborar un concepto de Estado de Derecho. 2. Concepto que se propone.—3. Clases de Estado de Derecho: A) *En cuanto a los derechos públicos subjetivos que reconocen y tutelan*; B) *En cuanto a las normas a que se sujeta la Administración.*

1. A) Pese a la importancia del Estado de Derecho para las ciencias sociales en general, y, en particular, para la Ciencia del Derecho, los autores no se han puesto aún de acuerdo acerca de su concepto. Ello obedece en primer lugar a que, según palabras de PANUNZIO, el Estado de Derecho es *un mostro dalle molte teste, che assume diversi aspetti de incarnizioni*» (2); en segundo lugar, a que al definirlo y valorarlo se onfunden a menudo su elemento político—la tutela de la libertad individual—con el jurídico—constituído por los correspondientes Institutos jurídicos—(3); finalmente, al carácter impreciso de la expresión, susceptible de ser interpretada en los más varios sentidos (4). Todo ello

(1) Este trabajo está destinado al *Libro Homenaje al Profesor Pi Suñer*, que se publicará próximamente.

(2) *Lo Stato di Diritto*, Roma, 1921, pág. 5.

(3) En este sentido, BODDA, *Lo Stato di Diritto*, Milán, 1935, pág. 19.

(4) Señalan GRIFFITH y STREET que la expresión Estado de Derecho—*Rule of Law*—puede emplearse en los siguientes sentidos: en primer lugar, hablar del Estado de Derecho puede constituir simplemente la descripción de la situación en que se encuentra una sociedad; significa que se aplica en ella el Derecho. En segundo lugar, puede significar que la sociedad debería ser gobernada por unos principios inmutables, de suerte que los actos de la Administración fueran previsibles; la citada expresión en este sentido no se refiere a lo que es, sino a lo que debería ser. En un tercer sentido, parecido al anterior, hablar del Estado de Derecho equivale a invocar la *justicia*; por ejemplo, cuando se dice que el Estado de Derecho exige que tal perjuicio causado por la Administración sea reparado. En cuarto lugar,

justifica que afirme CARISTIA que la fórmula Estado de Derecho se encuentre viciada, en todos los autores en que la encontramos, por tres elementos fundamentales: equivocidad, incertidumbre e indeterminación (5), y que incluso algún autor haya llegado a señalar la imposibilidad de definirlo, estimando que es «impalpable y escapa siempre a la investigación, siendo imposible reducirlo a una fórmula única o retratarlo en una sola fotografía» (6).

Nosotros no compartimos esta opinión. Creemos que es posible definir el Estado de Derecho, pero para ello hace falta tener idea clara de la meta que se persigue y del camino a seguir para alcanzarla. Es necesario tener presente en todo momento la idea de que interesan los aspectos jurídicos de este tipo de Estado y no las doctrinas políticas que con él se consagran. Hay que buscar, por tanto, un concepto jurídico del Estado de Derecho. Pero como quiera que este concepto jurídico nace y se desarrolla simultáneamente en diversos ordenamientos, habrá que acudir a estudiarlo al Derecho comparado, cuya consideración constituirá, en consecuencia, el método a aplicar para concluir felizmente la tarea que estamos iniciando.

B) a. Ahora bien, como recuerda ROZMARYN, existen dos formas de elaborar las nociones en Derecho comparado (7):

La primera consiste en establecer un concepto que abrace todas las características y exigencias que en la opinión de un autor determinado deban concurrir en la categoría de que se trate. El concepto así elaborado servirá de criterio para valorar los distintos ordenamientos jurídicos en examen: si un sistema jurídico reúne las notas fijadas, merecerá una buena calificación, y lo contrario ocurrirá si no se da aquella circunstancia (8).

---

se usa en el sentido de que toda la actuación administrativa debe estar autorizada por una Ley, sin cuyo apoyo no podrá la autoridad infringir los derechos de los ciudadanos. Por último, significa que el Derecho limita a la Administración. En la opinión de los referidos autores, de los cinco significados expuestos, sólo los dos últimos tienen valor jurídico (*Principles of Administrative law*, Londres, 1952, págs. 18-22).

(5) *Ventura ed avventure di una formula: Rechstaat*, «Rivista di Diritto Pubblico», 1934, págs. 388 y sigs.

(6) PANUNZIO, op. y loc. cit.

(7) *Comunicación a los Coloquios de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas sobre la regla de la legalidad*, celebrados en Chicago en septiembre de 1957, «Revue Internationale de Droit comparés», enero-marzo 1959, págs. 70-78.

(8) Como se advierte fácilmente, este método es fundamentalmente idéntico al método sociológico de los «tipos ideales», de los «ejemplos» o de los «modelos» (cfr. ROZMARYN, op. cit., pág. 70).

Este es el método seguido entre nosotros por LEGAZ, en cuya opinión el Estado de Derecho responde a una concepción personalista de la justicia, para cuyo servicio se requiere: 1.º, la afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un todo jerárquicamente estructurado, al que corresponde una primacía de la norma general de la Ley; 2.º, la afirmación de los derechos humanos fundamentales; 3.º, la existencia de un fuero de la personalidad jurídica; 4.º, un sistema de responsabilidad de la Administración y de recursos contencioso-administrativos, 5.º, por último, aunque no constituya una nota esencial, sino contingente, el Estado de Derecho tiende hacia lo que puede llamarse el control jurisdiccional de la Administración (9).

El segundo procedimiento para elaborar una definición válida en Derecho comparado difiere profundamente del anterior; no consiste en componer un ejemplo o un modelo, sino que se esfuerza en descubrir los elementos comunes del fenómeno jurídico objeto de investigación. En la base de esta concepción metodológica se encuentra la afirmación de que es esencial lo que es común, lo que está indicando que en definitiva no se ha hecho aquí sino aplicar el método clásico de la abstracción científica: eliminar los elementos fortuitos y tender exclusivamente a lo esencial (10).

Aplicando este método, ha llegado ROZMARYN a afirmar que los elementos que integran el Estado de Derecho son los siguientes: 1.º, la existencia de un conjunto de derechos fundamentales y de libertades tradicionales y de su correspondiente garantía; 2.º, la existencia de un conjunto de reglas jurídicas estables, coherentes y generales que vinculan a todos los órganos del Estado; tanto al Poder ejecutivo como al Poder legislativo; 3.º, la existencia de una magistratura independiente, estable, que se conforme a reglas generales en el ejercicio de sus funciones; 4.º, la garantía de que en el proceso que se siga ante los Tribunales se satisfarán las exigencias de un procedimiento regular, constituido por la imparcialidad, la publicidad, el derecho a ser asistido de un Abogado, la necesidad de que la decisión definitiva sea motivada, etc.; 5.º, la necesidad para la Administración de conformar su actuación a reglas

(9) *El Estado de Derecho*, núm. 6 de esta REVISTA, págs. 28-32.

(10) Para que tal estudio pueda conducir a un resultado científicamente válido se requiere un presupuesto: los fenómenos que se examinan deberán pertenecer a un edificio socio-económico común (cfr. ROZMARYN, *Comunicación...*, cit., pág. 71).

jurídicas, y 6.º, un control judicial de los actos de la Administración desde el punto de vista jurídico, para asegurar que dichos actos son conforme a Derecho (11).

6. De los métodos seguidos, el primero adolece del peligro de seguir un criterio excesivamente subjetivo en la elaboración del concepto acerca del cual se investiga; parece por ello preferible el segundo, pero siempre que se establezcan en el mismo algunas correcciones. Tal como lo expone y aplica el jurista polaco cuya postura acabamos de exponer, se reduce la función de los estudiosos del Derecho comparado a una simple tarea de carácter matemático, consistente en encontrar el mínimo divisor común de los ordenamientos jurídicos que se tomen como datos de la investigación. La conclusión a que por este procedimiento se llegue es exacta y objetiva; pero no suficiente. Una vez hallado ese conjunto mínimo de elementos comunes, será necesario profundizar en el examen de los mismos para deslindar, dentro de ellos, el fondo y la forma; lo que es fin, contenido de la categoría jurídica en examen y lo que constituye simplemente una técnica, la forma o medio para conseguir el fondo de que se trate. Sólo así podrá elaborarse un concepto satisfactorio. Pasemos, pues, con estos instrumentos a ofrecer nuestro concepto jurídico del Estado de Derecho.

2. A) Es frecuente en la doctrina afirmar que el Estado de Derecho se caracteriza porque a través del mismo se consigue un sometimiento de la Administración a la Ley. En este sentido, DICEY, al estudiar los diversos significados de la expresión *rule of law*, incluía como el primero de ellos el de la supremacía absoluta de la Ley ordinaria, advirtiendo que en este sentido el *rule of law* se contraponía a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de arbitrariedad, de prerrogativas y de facultades discrecionales del Gobierno (12). Recientemente, VEDEL se expresa en términos parecidos, afirmando que la legalidad es la cualidad de lo que es conforme a la Ley. El principio de legalidad aplicado a la Administración expresa, según este autor, la regla según la cual la Administración debe actuar conforme a Derecho (13).

Pero, si bien se mira, las posturas que estamos considerando no pue-

(11) Op. cit., págs. 72-74.

(12) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9.ª ed., revisada por WADE, Londres, 1939, reimpresión de 1952, pág. 328.

(13) *Droit Administratif*, I, París, 1958, pág. 143.

den considerarse como suficientes para calificar a un Estado como Estado de Derecho. El sometimiento de la Administración o de todo el Estado a la Ley no puede constituir un fin en sí mismo, sino simplemente una técnica para conseguir una determinada finalidad. Como toda técnica, la de someter al Estado al Derecho puede emplearse para perseguir diversas finalidades; a través de ellas podrán alcanzarse fines buenos o malos, la libertad o la opresión, como puede conseguirse la muerte o la vida aplicando el procedimiento de la desintegración del átomo (14). No podemos quedarnos, por tanto, en exponer la técnica seguida en el Estado de Derecho. Será necesario continuar avanzando en nuestra investigación para descubrir cuál es el contenido substancial a que habrá de responder en todo caso la Ley a que el Estado se somete.

B) Para ello, nada mejor que recordar los orígenes históricos de la forma de Estado cuya definición estamos buscando. Refiere H. BERTHELEMY en el Prólogo al *Derecho administrativo alemán* de OTTO MAYER las siguientes palabras que dirigía a Luis XIV uno de sus cortesanos: «Todos vuestros súbditos os deben su persona, sus bienes, su sangre, sin derecho a pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen cumplir con su deber y no os dan nada, porque todo es vuestro» (15). Pues bien, el Estado que se instaura en el Continente europeo con la Revolución Francesa va a encaminar a establecer una situación radicalmente opuesta a la existente cuando se pronunciaron las palabras consignadas. Va a tender a tutelar la libertad humana frente a la opresión estatal; nacerá como una reacción contra el Estado policía (16) y el medio jurídico empleado para evitar que el Príncipe penetre en la esfera de los particulares consistirá, justamente, en el reconocimiento de una zona libre de cualquier intromisión estatal. Se situará a todos los súbditos en un *status negativae libertatis* del que derivarán una serie de derechos subjetivos oponibles a los terceros y a la autoridad. Lo que caracteriza, por tanto, al Estado de Derecho, desde el ángulo en que lo estamos considerando, será el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para la defensa de los mismos. Es aquí donde radica el fondo de esta forma de Estado, y este

(14) Sic. RIVERO, *L'Etat moderne peut-il être encore un Etat de Droit?*, «Annales de la Faculté de Droit de Liège», 1957, pág. 100.

(15) Pág. XIV.

(16) En este sentido, entre otros, RIVERO, op. cit., pág. 69; LECALZ, *El Estado de Derecho*, cit., pág. 15; VEDEL, *Droit Administratif*, I, cit., pág. 143.

fondo va a conseguirse mediante el sometimiento del Estado a la Ley. Sólo si el término Ley se emplea en un sentido amplio, con mayúscula, equiparable a Derecho, como Ley que responde a unos principios determinados que se edifican sobre la base del respeto de la persona humana, podrá considerarse suficiente la afirmación antes combatida de que el Estado de Derecho es aquel en que se somete el Estado a la Ley, porque sólo entonces, como advierte RIVERO, someter la Administración a la Ley es someterla al Derecho y, por consiguiente, servir a la defensa de la libertad (17).

C) La investigación hasta este momento realizada nos permite definir el Estado de Derecho como «aquella forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la Administración a la Ley». Al reducir, como hemos hecho, el instituto jurídico examinado a sus rasgos esenciales estamos, naturalmente, admitiendo la posibilidad de diversas concreciones del mismo. No existe un tipo positivo, fijo y preciso de Estado de Derecho que sirva de parangón a los distintos ordenamientos jurídicos estatales existentes para averiguar si en ellos existe la actuación de tal tipo de Estado; existe sólo un concepto que puede encontrar una aplicación positiva, mayor o menor, según la ideología política de los diversos ordenamientos estatales. Esto es lo que se contiene de cierto en las palabras de RANELLETTI cuando afirma que «el Estado de Derecho se trata de una tendencia, de unas palabras de orden de un impulso de los tiempos modernos» (18).

3. Ello no impide, sin embargo, que las diversas formas de concreción de cada uno de los elementos que hemos visto integran el concepto de Estado de Derecho, permitan descubrir la existencia de diversos tipos históricos del mismo; es decir, de diversas formas de Estado en las cuales se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos mediante el sometimiento del Estado a la Ley. Estos tipos de Estado, que además de darse en la realidad histórica han sido descubiertos y señalados por la doctrina, responden, precisamente, a la forma como se reconocen los derechos públicos subjetivos y a la manera de efectuarse el sometimiento de la Administración a la Ley. Pasemos a ocuparnos de ambos extremos.

(17) *L'Etat moderne...*, cit., pág. 91.

(18) *La polizia di sicurezza*, en el *Primo Trattato* de ORLANDO, vol. IV, p. 1.ª, pág. 248.

A) En cuanto a la primera cuestión, no interesa estudiar aquí, como es lógico, el concepto de los derechos públicos subjetivos, que nos llevaría a desviarnos de la línea que venimos siguiendo (19). Si interesa, en cambio, considerar la clasificación que de tales derechos ha efectuado la doctrina. Como advierte SANTI ROMANO, la primera tentativa verdaderamente sería de clasificar los derechos públicos subjetivos, deduciendo el carácter diferencial de las diversas categorías con arreglo a su íntimo contenido, fué, sin duda, la realizada por JELLINECK (20). Distingue este autor diversos *status*, en los que pueden encontrarse los ciudadanos respecto del Estado, interpretando el término *status* en un sentido similar, aunque no idéntico, al que recibía en Derecho romano. El derecho público subjetivo, tanto si pertenece al Estado como a los súbditos, se dirigiría siempre al reconocimiento de uno de estos *status*. En primer lugar, el súbdito se puede encontrar con relación al Estado en la condición de deber obedecer un mandato de aquél. El ciudadano aparece sólo como súbdito, y por tal cualidad no le corresponde sino someterse a la voluntad soberana del Estado. Este *status* es el calificado como *status subjectionis*. Pero para que la relación entre el Estado y el súbdito se pueda calificar como jurídica, es indispensable que se reconozca a éste una personalidad en el campo del Derecho público. Es necesario, por tanto, que el *status subjectionis* no se extienda a todas las relaciones entre el Estado y los súbditos y que el primero limite la esfera en que interviene mandando y deje libre de su acción una parte de la actividad humana. De esta autolimitación del Estado surge para el individuo una esfera en la que puede actuar libremente según la propia voluntad de libertad negativa que se caracteriza por el Derecho que pudiera calificarse como negativo y que corresponde al súbdito, de impedir la indebida injerencia de los órganos del Estado. Pero no termina aquí la situación en que los ciudadanos pueden encontrarse según la exposición de JELLINECK, dentro del Estado. Puede, además, éste ocupar un *statum positivus civitatis* y un *statum activae civitatis*. En el primero, el súbdito se encuentra en una situación positiva que es una consecuencia de la ciudadanía y que le faculta para dirigir sus pretensiones a la Administración, exigiendo que le sean satisfechas cuando ello

(19) Véase para un estudio de este problema en la bibliografía española, GARRIDO FALLA, *Las tres crisis del Derecho público subjetivo*, en «Estudios dedicados al Profesor GARCÍA OVIEDO», vol. I, Sevilla, 1954, págs. 176 y sigs.

(20) *La teoria del Diritto pubblici subbietivi*, en el *Primo Trattato*, cit., vol. I, pág. 137.

fuera procedente. El segundo *status activae civitatis* es también consecuencia de la ciudadanía, pero deriva de la posición activa que determinados ciudadanos ostentan, que les capacita para ejercer funciones y realizar actos de carácter público. Son cuatro, por tanto, los *status* en que el individuo puede encontrarse, según la concepción de JELLINECK, dentro del Estado: *status subjectionis*, *status libertatis*, *status positivus civitatis* y *status activae civitatis*, a los que corresponden, respectivamente, el Derecho público subjetivo de supremacía del Estado y los derechos de los súbditos de libertad, cívicos y políticos (21). Estas cuatro clases de Derecho forman, según palabras de ROMANO, una línea ascendente, en la que de la anulación del individuo, de su personalidad y voluntad, se llega por escalones sucesivos al más completo engrandecimiento de la voluntad individual, que, revestida de poderes soberanos, se transforma en voluntad del Estado mismo (22).

Esta clasificación sería posteriormente modificada por el autor últimamente citado en el sentido de añadir un nuevo grupo de derechos públicos subjetivos no incluíbles dentro de ninguno de los que establece JELLINECK, y que estaría integrado por los derechos públicos patrimoniales, considerando como tales aquellos derechos que surgen en una relación jurídico-pública sobre una cosa o respecto de una persona a favor del Estado o de los particulares (23). Más adelante, Silvio LESSONA estimaría que es más correcto hablar del derecho público subjetivo de libertad, que emplear esta expresión en plural, puesto que sería erróneo considerar que el individuo tiene tantos derechos de libertad como actividades puede desarrollar libremente por ser indiferente al Derecho. Este derecho público subjetivo de libertad tendría como contenido para este autor la facultad de los particulares de rechazar toda intervención de los órganos del Estado en la propia actividad, siempre que ello no sea legítimo, bien porque la actividad de que se trata se comprenda dentro de la zona libre del derecho o porque está consentida por el derecho y se ejercita de conformidad con el mismo (24).

(21) Cfr. *Sistema dei Diritti pubblici subbiettivi*, trad. italiana de VITAGLIANO, con prólogo de ORLANDO, Milán, 1912. Los «status» a que nos hemos referido son estudiados, respectivamente, en las págs. 213 y sigs.; 105 y sigs.; 127 y sigs.; 151 y sigs.

(22) *La teoria*, cit., pág. 139.

(23) *Op. cit.*, págs. 140 y sigs.

(24) *Introduzione al Diritto Amministrativo e suoi principi*, Florencia, 1952, pág. 44.



Pero lo que ahora nos interesa resaltar es que la circunstancia de que el centro de gravedad de la actuación estatal recaiga sobre uno u otro grupo de los derechos públicos objetivos establecidos por la doctrina, va a dar lugar a la existencia de diversos tipos históricos de Estado de Derecho: Cuando éste surge, todos los esfuerzos, tanto del legislador como de los políticos e investigadores, se dirigen hacia conseguir el establecimiento y tutela de aquellos derechos públicos subjetivos que permitieron evitar la vuelta al Estado político. El derecho a la libertad se erige así en el centro del ordenamiento jurídico estatal, y todas las actividades que pudieran lesionarlo son suprimidas o reducidas a su mínima expresión. Concretamente, la actividad de policía sólo podrá ejercitarse cuando en ella se persiga la consecución y mantenimiento del orden público y este orden público se interpreta en un sentido extraordinariamente restringido. El orden público, en este momento histórico, es igual al orden público de la calle. Se opone a las algaradas y desórdenes callejeros. Nos encontramos en el Estado de derecho liberal (25).

Naturalmente, existen también en esta forma de Estado de Derecho los demás derechos públicos, cuyo encuadramiento sistemático conocemos, pero reclaman escasamente la atención. Ni el legislador, ni los políticos, ni el investigador prestan gran atención a los derechos públicos subjetivos cívicos, políticos o patrimoniales. Si acaso, señalan la necesidad de que los primeros sean reducidos a su mínima expresión, puesto que importa que el Estado restrinja hasta el máximo sus actividades. Este únicamente puede realizar lo que la doctrina italiana ha calificado como «actividad jurídica», es decir, aquella actividad con la cual se persiguen los fines esenciales del Estado, y esta actividad será la única que los particulares tengan derecho a exigir en virtud de su *status positivus civitatis* (26).

Pero frente al Estado liberal de Derecho se alza históricamente el

---

(25) Cit. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA, núm. 11, págs. 16 y 17.

(26) Todavía en las definiciones recientes de los derechos cívicos pesan las ideas dominantes en la época a que nos estamos refiriendo. Así, LESSONA atribuye tal carácter a aquellos derechos «que el ciudadano tiene respecto del Estado a obtener algunas prestaciones que constituyen la razón de ser de éste (protección jurídica en el interior y en el exterior, derecho a ejecutar acciones ante los Tribunales para obtener justicia, tutela consular...)», *Introduzione*, cit., pág. 44.

Estado social de Derecho, con lo que se invierte la situación anterior. El centro de gravedad de esta forma de concreción del Estado de Derecho va a situarse también en los derechos públicos subjetivos, pero no se sigue ya el criterio estricto de orden público antes descrito, sino que algún autor puede escribir recientemente que «el orden público en el sentido administrativo del término está constituido por un cierto mínimo de condiciones esenciales a una vida social cambiante. Su contenido varía con el Estado de las creencias sociales. La *seguridad* de los bienes y de la persona, la *salubridad*, la *tranquilidad* constituyen su fundamento, pero contiene, también, aspectos económicos (lucha contra el acaparamiento o la vida cara, por ejemplo), e incluso estéticamente (protección del paisaje y de los monumentos) (27). El Estado incluye entre sus fines la realización de una serie de actividades en favor de los particulares, lo que ocurre en perjuicio del derecho público subjetivo de libertad, que se verá frecuentemente afectado por medidas de policía e, inversamente, en beneficio de los derechos públicos subjetivos de carácter cívico. Los particulares tendrán derecho a dirigirse al Estado para exigirle la realización de una serie de actividades, y ello por el simple hecho de ser ciudadanos. Pero estas actividades no van a ser ya sólo de carácter jurídico. Es aquí donde reside y resulta extraño que ello no haya sido hasta ahora apuntado por la doctrina, el rasgo fundamental del Estado social de Derecho: se produce una disminución del derecho público subjetivo a la libertad, en beneficio de aquellos otros derechos públicos de carácter cívico y precisamente de los que facultan a los ciudadanos para exigir del Estado la realización de una actividad social. Estos principios han sido recogidos de forma palmaria en las conclusiones del Congreso de la Unión Internacional de Juristas, celebrado en Nueva Delhi, en enero de 1959, entre los que figura, y precisamente como la primera, la afirmación de que «en una sociedad libre regida por el imperio de la Ley, el Poder legislativo tiene por función crear y mantener condiciones bajo las cuales el hombre vea reconocida su dignidad personal. Esta dignidad exige, no sólo el reconocimiento de los derechos civiles y políticos del hombre, sino también el establecimiento de las condiciones sociales, económicas, culturales y de educación que

---

(27) *Droit Administratif*, I, cit., pág. 15. La extensión que se verifica del concepto de orden público y el hecho de que la actividad de policía se considere orientada a su consecución y mantenimiento plantea en cuanto al concepto y encuadramiento de ésta, a una serie de problemas de que nos ocuparemos al tratar del sistema.

son indispensables para el pleno desarrollo de la personalidad» (28). Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho constituyen, por tanto, dos grandes tipos de Estado de Derecho, que pueden establecerse atendiendo a la primera de las notas que hemos visto caracterizan esta forma de Estado, basándonos en el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos.

B) Decíamos que la segunda gran clasificación a establecer dentro de la forma de concreción del Estado de Derecho se fijaba atendiendo al segundo de los elementos que lo integran, es decir, basándose en el sometimiento del Estado a la Ley, y precisamente, dentro del Estado, en el sometimiento de la Administración a la Ley, que es lo que a nosotros nos interesa fundamentalmente. Para estudiar este sometimiento conviene distinguir dos cuestiones: vamos a considerar en primer lugar cómo se efectúa, para considerar económicamente qué tipo de Ley es ésta a que se va a someter la Administración.

a) El sometimiento de la Administración a la Ley se efectúa a través de las cuatro ideas siguientes:

1.<sup>a</sup> La Administración se somete a las leyes formales. Para ello se comienza por distinguir la Ley formal de la Ley material. Hasta que surge el Estado de Derecho se consideraba como Ley toda norma general y abstracta dictada por el Príncipe; pero al producirse la Revolución Francesa, quienes la realizan exigen como tutela de sus derechos fundamentales (la libertad y la propiedad) que sólo pueda legislarse acerca de los mismos con su participación. El Derecho constitucional moderno va a añadir, pues, una nueva nota que terminará por imponerse a las que caracterizaban a la Ley en el antiguo régimen: sólo puede ser considerada como tal aquella norma dictada con el concurso de la representación nacional. Surge así la distinción entre leyes formales y leyes materiales (29). Las primeras son dictadas según el procedimiento establecido «por el órgano u órganos en que reside la potestad legislativa con arreglo al régimen político del país» (30). Las segundas,

(28) Vide dichas conclusiones en la «Gacetilla de la Comisión Internacional de Juristas», marzo-abril 1959, págs. 2 y sigs. Vide un estudio, desde el punto de vista del Derecho Constitucional de estos problemas, en LUCAS VERDÚ, *Estado Liberal de Derecho, Estado Social de Derecho*, Salamanca, 1955.

(29) Cfr. O. MAYER, *Derecho Administrativo*, cit., I, págs. 6 y 7, y, en cuanto al origen histórico y significado de la reserva legal. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., páginas 169-174.

(30) Sic. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1960, pág. 44.

proceden del Poder ejecutivo. Y dentro de ellas habrá que esperar de un lado las que este Poder dicte en sustitución del Poder legislativo (Decretos-leyes y Decretos legislativos), y de otros, las que de él emanen en virtud de su competencia propia (Reglamentos) (31). Las primeras serán equiparadas a las leyes formales. Pues bien, la Administración deberá actuar en todo caso sometiéndose a las leyes formales como consecuencia propia del principio de la división de poderes, en virtud del cual aquélla deberá limitarse a ejecutar las normas dictadas por el Poder legislativo (32).

2.<sup>a</sup> Se estableció una ordenación jerárquica de las normas, a través de las cuales se efectúa una «ordenación funcional del aparato de poder», la cual tiene gran importancia, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el político, puesto que habrá de respetarse en la producción de las normas administrativas el orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes (33).

3.<sup>a</sup> En virtud del principio *tu patere legem quam feciste*, se prohíbe a la Administración alterar, mediante actos singulares, lo establecido en disposiciones por ella dictadas, incluso aunque tales disposiciones procedan de un órgano inferior al que dicte la resolución de que se trate (34).

4.<sup>a</sup> Por último, se impone a la Administración, además de las reglas exteriores de conducta, «una especie de regla psicológica» (35): la obligación de perseguir en todas sus actuaciones el interés público (36).

(31) Sic. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, Milán, 1954, págs. 61 y 62.

(32) Sic. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, I, cit., pág. 200.

(33) La técnica consiste en enumerar y ordenar jerárquicamente los tipos normativos, asignar la competencia para dictar cada uno de estos tipos normativos a órganos determinados y exigir, por último, que los mandatos sobre ciertas materias o de cierto contenido se realicen mediante un tipo normativo, concreto. (Cfr. FUEYO, *Legitimidad, validez y eficacia* núm. 6 de esta REVISTA, pág. 62.)

(34) Sic., entre otros, RIVERO, *L'Etat moderne*, cit., pág. 72, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderrogabilidad singular de los Reglamentos*, donde escribe: «a mi juicio, la vía apropiada para comprender la razón de este principio de la inderrogabilidad singular de Reglamentos es la de profundizar sobre el principio general de la Administración. No hay, por tanto, que acudir a argumentos infraestructurales, sino a intentar develar el funcionamiento de la propia estructuración del sistema», núm. 28 de esta REVISTA, pág. 76).

(35) Sic. VEDEL, *Droit administratif*, I, cit., pág. 144.

(36) El sometimiento de la Administración a la Ley no es, en todo caso, ni puede ser absoluto, por lo que los autores coinciden en admitir unos «contrapesos», según expresión de LAUBADÈRE, o «inflexiones», en palabras de VEDEL, de dicho principio. Como tales considera el primero la existencia de potestades discrecionales en manos de la Administración y las teorías de las circunstancias excepcionales y de los actos de gobierno (*Traité élémentaire de Droit*

Todos estos principios han encontrado acogida en nuestro ordenamiento jurídico:

1.º La distinción entre leyes formales y materiales y el consiguiente establecimiento de una serie de materias reservadas a la Ley, se establecen en la Ley de Creación de las Cortes Españolas de 17 de julio de 1942, cuyos artículos 10 y 12 enumeran las referidas materias. El artículo 13, modificado luego por Ley de 9 de marzo de 1946 y desarrollado por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en el número 3 del artículo 10 de su texto refundido de 26 de julio de 1957, faculta al Poder ejecutivo para dictar Decretos-leyes por razones de fuerza o urgencia apreciadas por el Jefe del Estado, previa audiencia de la Comisión a que se hace referencia en el artículo 12 de la Ley de Cortes (37), y según el número 4 del mismo artículo 10, es de la competencia del Consejo de Ministros someter al Jefe del Estado proyectos de disposiciones con fuerza de Ley cuando el Gobierno cuente en cada caso con expresa delegación por Ley votada en Cortes y previo dictamen del Consejo de Estado en pleno (38). Finalmente, la obligación de la Administración pública de conformarse en su actuación a las leyes formales o actos equiparados a ellas, se deduce del propio carácter de las mismas.

2.º La jerarquía de las normas fué consagrada ya por el artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, que prohíbe aplicar judicialmente las disposiciones contradictorias de las leyes, y en el artículo 5.º del Código civil, al señalar el modo de derogarlas. Dicho principio fué elevado a rango constitucional por el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, cuyo artículo 17 dispone que todos los órganos del Estado actúen dentro de un orden jerárquico de normas preestablecido que no puede interpretarse ni alterarse arbi-

---

*administratif*, Paris, 1957, págs. 216 y sigs.). VEDEL considera tan sólo como «inflexiones» del principio de legalidad las dos teorías últimamente citadas (*Droit administratif*, I, cit., págs. 162 y sigs.).

(37) Vide sobre este punto ENTRENA CUESTA, *El texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, en esta REVISTA, núm. 24, págs. 271 y sigs.

(38) La circunstancia de que las materias reservadas se establezcan en una Ley fundamental, cual es la creación de las Cortes Españolas, en la que nada se dice acerca de la posibilidad de que el Poder legislativo delegue en el Ejecutivo el ejercicio de las potestades que se le encomiendan, nos ha llevado en otra ocasión, basándonos en el principio de la inderogabilidad de la competencia, a dudar de la constitucionalidad del número 4.º del artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico, pues existen motivos para pensar que siendo ésta una Ley ordinaria, está modificando una Ley fundamental. (Cfr. op. cit., págs. 273 y sigs.)

trariamente. Esta norma fundamental ha sido sucesivamente desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico, en una serie de preceptos, entre los cuales deben destacarse el artículo 39 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, que autoriza la impugnación directa de disposiciones generales; los artículos 23, 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y, por último, los artículos 47, 48 y 120 de la nueva Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 (39).

3.º En cuanto al tercero de los principios en que se descomponen el sometimiento de la Administración a la Ley, ha sido recogido en el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a tenor del cual las resoluciones administrativas de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas.

4.º Por último, la exigencia de que la Administración persiga, en toda su actuación administrativa, el interés público, ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, tras señalar en el número 2 de su artículo 38 que la sentencia estimara el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurrieran en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, *incluso la desviación de poder*, definirá este vicio de los actos administrativos en el número 3 del mismo artículo, señalando que constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. También nuestro Tribunal Supremo se ha hecho eco en sentencia reciente, de la que fué ponente el señor FERNÁNDEZ HERNANDO, de la exigencia a que nos estamos refiriendo, cuando advierte que el concepto de desviación de poder «supone la existencia de un acto administrativo que a más de insertarse en el marco de la competencia específica del órgano que lo realiza, se halla, por lo que afecta a sus requisitos extrínsecos, ajustados a la legalidad, no obstante lo cual, está afectado de invalidez por *contravenir en su motivación interna el sentido teleológico de la actividad administrativa, que ha de reputarse siempre a la promoción del interés público y sometida a un sistema de*

---

(39) En este apartado nos hemos limitado a transcribir literalmente parte de lo interesado. Sentencia de la Sala 4.ª de nuestro Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1958 (ponente, señor CORDERO TORRES).

*normas legales que constituyen no sólo límite exterior infranqueable, sino dictado ético-jurídico interno tendente a moralizar la acción administrativa, vinculándola estrechamente al bien común* (40).

También la Ley de Procedimiento administrativo incluirá de forma expresa en el número 1 de su artículo 48, entre los vicios de los actos administrativos que pueden determinar su anulabilidad el de la desviación de poder.

b) Si atendiendo a la forma en que se efectúa el sometimiento de la Administración a la Ley, no existen grandes diferencias en la estructuración del Estado de Derecho en los diversos ordenamientos jurídicos, el tipo de Ley a que se somete la Administración sí va a dar lugar a otra gran división dentro de las clases de Estados de Derecho. Esta Ley, en efecto, puede ser la Ley ordinaria o el Derecho administrativo. En el primer caso, si la Administración se somete, como los particulares, al Derecho privado, nos encontramos con el llamado sistema del *rule of law*. En el segundo, cuando la Administración se somete al Derecho administrativo, se dará el régimen administrativo (41).

---

(40) Sentencia de 9 de junio de 1959.

(41) Vide, próximamente, sobre este extremo, nuestro estudio *La contraposición entre régimen administrativo y «rule of law»: sus orígenes, desarrollo y situación actual*, en el Libro *Homenaje al Profesor Jordana de Pozas*.

