

Las fuentes del derecho administrativo. La jerarquía de las fuentes: la Constitución Española. Los tratados internacionales. Las leyes formales (orgánicas y ordinarias), los Decretos legislativos, los Decretos-leyes y las leyes de las Comunidades Autónomas. Los reglamentos. La costumbre. Los principios generales del Derecho. La jurisprudencia.



OPOMANÍA
TU WEB DE OPOSICIONES

1.- Introducción

La característica fundamental de un Estado de Derecho radica en el sometimiento del propio Estado a la Ley, principio que nuestra Constitución proclama en su Art. 1: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

Profundizando en el concepto de Derecho administrativo, podríamos definirlo como un conjunto de normas y principios referibles al sujeto Administración, que tiene por objeto el estudio y la regulación de la Administración Pública subjetivamente considerada, con todas las funciones que desarrolla, y, además, accesoriamente, el estudio de las funciones administrativas de los demás poderes del Estado.

Una definición más sintetizada sería decir que el Derecho administrativo es el conjunto de normas de Derecho público interno que determinan la organización y actividad de las Administraciones Públicas.

Por último, la Real Academia Española de la Lengua define el Derecho administrativo como aquella parte del ordenamiento jurídico, que regula la Administración Pública, su organización y sus servicios, así como sus relaciones con los ciudadanos.

2.- Fuentes del Derecho Administrativo

La palabra fuente, en sentido amplio, significa el lugar de donde mana una cosa, por lo que aplicada tal expresión al Derecho implica tanto como averiguar el origen de éste. Por consiguiente, fuentes del Derecho, sea público o privado, son todas las causas capaces de originarlo.

Ciñéndonos al Derecho administrativo, sus fuentes serán las formas o actos a través de los cuales se producen las normas administrativas. Podemos clasificarlas siguiendo dos criterios:

1. Por razón de su procedencia:

- a) Fuentes para la Administración, como es el caso de la ley, que procede de un órgano distinto de la Administración.
- b) Fuentes de la Administración, cuyo genuino ejemplo son los Reglamentos.

2. Por razón de la materia regulada:

- a) Fuentes exclusivas del Derecho administrativo, como son los Reglamentos.
- b) Fuentes eventuales del Derecho administrativo. Tal es el caso de la ley, que también regula materias civiles, penales, etc...

No obstante lo anterior, la clasificación más extendida de las fuentes del Derecho, y por tanto del Derecho administrativo, es aquella que distingue entre fuentes directas e indirectas.

Se consideran fuentes directas las que encierran en sí mismas la norma.

Son fuentes indirectas las que por sí mismas no crean Derecho, pero ayudan a comprenderlo y exteriorizarlo.

La ley, la costumbre y los principios generales del Derecho han venido considerándose tradicionalmente como las fuentes directas del Derecho, a las que hoy tendremos que añadir, incluso por encima de ellas, las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales.

Como fuentes indirectas suelen citarse la jurisprudencia y la doctrina científica (aunque esta última no está reconocida legalmente).

3.- Jerarquía y las fuentes del Derecho

El orden jerárquico de las fuentes del Derecho determina, por un lado, el orden de aplicación de las normas jurídicas a cada caso concreto y, por otro, el criterio para solucionar las eventuales contradicciones contenidas en normas de distinto rango.

Al no existir una teoría especial sobre la jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo, se aplica, por extensión, la que con carácter general está contenida en el Art. 1 del Código Civil, que dispone:

- 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*
- 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*
- 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.*
- 4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*
- 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.*
- 6. La jurisprudencia¹ complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*

Como se observa, el Código Civil enumera las fuentes del Derecho precisamente con ese nombre, aunque realmente sólo lo emplea cuando se refiere a las fuentes directas tradicionales.

En concordancia con lo anterior, las fuentes del Derecho administrativo, ordenadas jerárquicamente, serán las siguientes:

- 1. La Constitución.*
- 2. Los tratados internacionales.*
- 3. Las leyes formales (orgánicas y ordinarias), los Decretos legislativos, los Decretos-leyes y las leyes de las Comunidades Autónomas.*
- 4. Los Reglamentos.*

¹ Jurisprudencia: Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen.

5. La costumbre.

6. Los principios generales del Derecho.

7. La jurisprudencia.

3.1.- La Constitución

Como ya sabemos, *la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico*. La Constitución define la estructura política del Estado y bajo ella se ampara toda la edificación normativa del sistema jurídico.

Así, nuestra Constitución establece en su Art. 9.1 que *los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*. Este mismo artículo, en su apartado 3, garantiza el 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 públicos².

De este importante precepto, considerado como una de las piezas claves del ordenamiento jurídico estatal, se desprende que la supremacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas es absoluta, y ello lo demuestra la existencia del recurso de inconstitucionalidad que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra todas aquellas leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que hayan sido dictadas violando lo dispuesto en la Constitución.

3.2.- Los Tratados Internacionales

Los tratados internacionales pueden contener normas derogatorias de otras que formen parte del derecho interno de un país, y para que en tales casos produzcan efectos es necesario que se publiquen por los Estados de acuerdo con sus propias normas, publicación que condiciona su aplicabilidad como norma de derecho interno.

De acuerdo con el Art. 1 del Código Civil, antes transcrito, *las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado*, de lo cual se deduce que serán fuentes directas desde su publicación, obligando no sólo a los entes públicos, sino también a todos los ciudadanos.

En ese mismo sentido se pronuncia también el Art. 96 de la Constitución, cuando dice que «los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico».

Ahora bien, hemos de hacer la salvedad de que los tratados y normas dictadas por la Unión Europea son de obligada e inmediata aplicación en los países miembros no ya cuando se publican en el Boletín Oficial del país respectivo, sino a partir de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades.

Por otra parte, la jerarquía de las normas contenidas en los tratados internacionales será superior incluso a la de las propias leyes internas, puesto que éstas no podrán contradecirlas, excepción hecha de la Constitución, dado que según

² Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: Los poderes públicos no pueden realizar actividades contrarias a las normas. Los poderes públicos deben actuar con justificación suficiente y deben resolver de manera igual los casos iguales.

su Art. 95 *la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.*

3.3.- Leyes formales: Orgánicas y ordinarias

La ley, como suprema manifestación de la voluntad del Estado, es la principal fuente de todas las ramas del Derecho y, por tanto, también del Derecho administrativo.

Una de las innovaciones de la vigente Constitución fue la implantación de las leyes orgánicas, en cuyo concepto se integran dos características que expresamente se determinan en su Art. 81:

- Por una parte, *la de versar sobre un conjunto de materias específicas.*
- Por otra, *la exigencia de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso para su aprobación, modificación o derogación.*

La principal cuestión suscitada en relación con las leyes orgánicas fue la de si gozaban de mayor o igual rango que las leyes ordinarias. No obstante, ambos tipos de leyes tienen idéntico rango normativo.

La cuestión de jerarquía de las normas jurídicas no puede residir en los procedimientos de producción y elaboración de cada una de ellas, sino que es consecuencia de la diferente calidad de los órganos que las producen. Para ellos, las leyes orgánicas se distinguen de las ordinarias sólo y exclusivamente por las materias que regulan y por la mayoría especial que requieren para su aprobación, pero no difieren en su valor normativo.

En definitiva, podemos afirmar que el rango normativo de las leyes ordinarias es idéntico al de las leyes orgánicas, diferenciándose tan sólo en las materias que regulan.

3.4.- Disposiciones normativas con fuerza de Ley: Decretos Legislativos y Decretos Leyes

Como su nombre indica, a estas disposiciones normativas se les atribuye el mismo rango o fuerza que a la ley formal, a pesar de que no proceden del poder legislativo.

Ambas clases de normas, como sabemos, son dictadas por el Gobierno, en el primer supuesto haciendo uso de la delegación legislativa otorgada previamente por las Cortes Generales y en el caso de los Decretos-leyes en virtud de la facultad conferida constitucionalmente.

3.5.- Las leyes de las CC.AA

La potestad legislativa no pertenece en exclusiva a las Cortes Generales, sino que queda compartida con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la jerarquización de las normas de las Comunidades Autónomas con las del Estado, y a la vista de las competencias asumidas por aquéllas en sus Estatutos, habrán de contemplarse dos supuestos:

1. Cuando las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas dicten normas sobre materias que realmente sean de su *exclusiva* competencia, su legislación no estará jerarquizada con la del Estado, *siendo inconstitucionales las leyes de las Cortes Generales si invaden dichas parcelas.*

2. Por el contrario, la legislación del Estado tendrá primacía en aquellas materias en las que corresponde a éste dictar la legislación básica y a las Comunidades Autónomas su desarrollo.

No obstante lo anterior, la legislación autonómica está sujeta a las siguientes limitaciones:

a) *A la reserva constitucional en favor de las Cortes Generales*, no sólo en las materias reservadas a leyes orgánicas, que siempre deben ser estatales, sino también en aquellas otras que según sus preceptos deban ser reguladas por ley estatal.

b) *A sus límites territoriales*, en cuanto los poderes de las Comunidades Autónomas no podrán extenderse más allá de ellos, salvo en los casos de convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas previstos en el Art. 145.2 de la Constitución.

c) *A las relaciones internacionales*, por el doble motivo de ser materia reservada en exclusiva al Estado (Art. 149.1 de la Constitución) y porque los tratados internacionales son de superior jerarquía que los propios Estatutos de las Comunidades Autónomas.

d) *Al interés general*. Quizá sea ésta la limitación más importante y controvertida. Según el Art. 150.3, *el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.*

Finalmente, debe advertirse que el Derecho estatal es, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas, lo cual viene a decir que, en defecto de norma jurídica autonómica, se aplicará en el territorio de aquéllas la legislación estatal.

3.6.- Los Reglamentos

El Reglamento es la fuente típica del Derecho administrativo, siendo con diferencia la más numerosa en esta parcela y, por ello, casi tan importante como la ley.

Podemos definir el Reglamento como *toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública y con valor subordinado a la ley.*

De ahí se deducen las siguientes características:

- *El Reglamento es, desde el punto de vista material, una disposición de naturaleza normativa – entraña generalidad y obligatoriedad–, por lo que tiene un contenido análogo al de la ley, pero diferenciándose de la ley formal por razón del órgano del que procede.*
- *Los Reglamentos han de emanar o proceder del poder ejecutivo, en cualquiera de sus manifestaciones.*
- *Los órganos que los dicten lo han de hacer en el ejercicio de una competencia que les es propia.*
- *Pueden aparecer revestidos de distintas formas (Reales Decretos, Órdenes Ministeriales, Instrucciones, etc...)*
- *Son normas que generalmente complementan a la ley, sin que puedan derogarla, contradecirla, suplirla, suspenderla o excluirla.*

Una de las cuestiones más debatidas por la doctrina en torno al Reglamento es la de su naturaleza jurídica, esto es, si las disposiciones reglamentarias son o no un verdadero acto administrativo.

En consecuencia, si bien el Reglamento es por naturaleza un acto normativo general, sería erróneo confundirlo con los actos administrativos generales. Sus diferencias son, fundamentalmente, las siguientes:

- *La potestad de dictar actos administrativos corresponde a todo órgano de la Administración, pero no así la potestad reglamentaria, que corresponde sólo a quienes la tienen expresamente atribuida.*
- *El Reglamento vincula como fuente del Derecho a la Administración, pero no los actos administrativos, aunque sean generales.*
- *La sanción de ilegalidad de un Reglamento es siempre la nulidad, mientras que la de un acto administrativo es, por lo general, la anulabilidad.*
- *En principio, el Reglamento es libremente revocable por la Administración mediante su modificación, sustitución o derogación, mientras que el acto administrativo sólo es revocable dentro de ciertos límites impuestos por el ordenamiento jurídico en garantía de los derechos a que el acto ha podido dar lugar.*
- *Por último, el Reglamento se impugna normalmente por unos cauces procesales distintos que los del acto administrativo.*

Los Reglamentos admiten diversas clasificaciones:

1. Según sea el Organismo o Autoridad del que emanan

Los Reglamentos pueden ser *estatales, autonómicos, locales e institucionales*, según provengan, respectivamente, de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Administración Local o de la Institucional.

2. Por la forma que adoptan

Los Reglamentos estatales pueden serlo por *Real Decreto* –si son dictados por el Consejo de Ministros–, por *Ordenes Ministeriales* –cuando se dictan individualmente por cada uno de los Ministros– o por *Resoluciones, Instrucciones o Circulares* –si son dictados por órganos inferiores al Ministro–.

En relación a los Reglamentos de las Comunidades Autónomas podemos decir que generalmente se respeta la denominación estatal. Así, los emitidos por el Consejo de Gobierno se vienen denominando *Decretos*; los que emiten los Consejeros, *Órdenes*; y las normas emanadas de autoridades inferiores, *Resoluciones o Circulares*.

Los locales vienen publicándose mediante *Ordenanzas* –de aplicación general–, *Reglamentos* –normalmente de organización interna- y *Bandos* –no tienen un contenido específico–.

Respecto de los Reglamentos institucionales no existe una normativa concreta.

3. Por su relación con la ley

Los Reglamentos pueden ser *ejecutivos, independientes, autónomos y de necesidad*.

Se denominan Reglamentos *ejecutivos* los que se dictan para desarrollar y ejecutar el contenido, total o parcial, de una ley formal. Sin lugar a dudas, esta clase de Reglamentos es la más numerosa.

Los Reglamentos *independientes* no desarrollan de ninguna de las maneras los preceptos de una ley, sino que son dictados para regular situaciones que a la Administración interesa configurar, habida cuenta la ausencia de ley formal específica para la materia.

Aunque en principio el concepto de Reglamento independiente coincide con el de *autónomo*, en la actualidad se emplea esta segunda expresión para designar a aquellos Reglamentos que regulan materias en las que la ley formal no puede entrar, por haber sido objeto de reserva reglamentaria. No obstante, el campo de los Reglamentos independientes y autónomos es hoy en día muy reducido.

El Reglamento *de necesidad* es aquel que se dicta en circunstancias absolutamente excepcionales, esto es, en casos de verdadera urgencia y necesidad, vulnerando incluso los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley, por justificarlo así la inmediata adopción de determinadas medidas por parte de la Administración, como puede ocurrir en el caso de inundaciones o de cualquier otra catástrofe o infortunios públicos, o de graves alteraciones del orden público.

La existencia de Reglamentos de necesidad está reconocida de forma expresa en diversas leyes que autorizan al Alcalde y a la autoridad gubernativa para tomar medidas excepcionales en determinados supuestos, como también este tipo de medidas pueden establecerse durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio previstos en la Constitución y regulados por Ley Orgánica de 4 de junio de 1981.

4. Por su contenido

Puede distinguirse entre Reglamentos de *organización y de relación*.

Los Reglamentos de *organización*, llamados también internos, están dirigidos a personas vinculadas a la Administración en virtud de un título específico, como son los funcionarios o concesionarios de servicios públicos.

Por el contrario, los Reglamentos de *relación* o externos inciden directamente sobre el administrado en general.

En aras a garantizar la seguridad del ciudadano, la potestad reglamentaria está sujeta a una serie de límites que no pueden ser violados, siendo nulas de pleno derecho las disposiciones que los infrinjan. Dichos límites pueden ser agrupados en tres categorías:

1. Límites materiales fundados en el principio de *reserva de ley*

Salvo autorización expresa de una ley, los Reglamentos no podrán regular aquellas materias que sean de competencia exclusiva de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Según la Constitución, hay muchas materias reservadas por ésta a leyes orgánicas u ordinarias, en las cuales el Reglamento no puede entrar si no es con una habilitación expresa por parte de la propia ley que las regule.

Por tanto, para la existencia de Reglamentos independientes será preciso que la materia no esté reservada constitucionalmente a la ley orgánica u ordinaria y, además, aunque no tenga reserva de ley, que no haya sido regulada previamente por una ley o disposición con fuerza de ley. Esto es así a consecuencia del carácter subordinado que el Reglamento tiene con respecto a la ley, si ésta existe.

Las disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.

2. Límites materiales fundados en la jerarquía normativa

Además del principio general por el que la Administración, exceptuando el Reglamento de necesidad o derogatorio, no puede dictar disposiciones contrarias a las leyes, los Reglamentos tienen una ordenación jerárquica entre sí, dependiendo del órgano que los dicta, lo cual indica que los dictados por órgano determinado no pueden vulnerar los preceptos reglamentarios emanados de autoridades superiores.

La jerarquía de la normativa estatal viene fijada bajo el siguiente orden:

- *Reales Decretos del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.*
- *Órdenes de las Comisiones Delegadas del Gobierno.*
- *Órdenes Ministeriales.*
- *Disposiciones de Autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía.*

3. Límites formales

En la elaboración reglamentaria, la Administración ha de someterse a una serie de requisitos formales, constituyendo la omisión de alguno de ellos la nulidad de la norma.

Así, las disposiciones de carácter general habrán de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, entrando en vigor conforme a lo dispuesto en el Art. 2 del Código Civil: *las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE, si en ellas no se dispusiere otra cosa.*

Para las disposiciones de las Corporaciones Locales basta con su inserción en el Boletín Oficial de la Provincia respectiva; las de las Comunidades Autónomas se insertarán en su publicación oficial.

Así se pronuncia el Art. 52 de la LRJAP-PAC, al decir que *para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda.*

3.7.- La Costumbre

Suele definirse la costumbre como *una norma no escrita, pero de observancia general*; o también como *aquella norma jurídica por la que se manifiesta en una comunidad determinada la voluntad jurídica general a través de usos uniformes y duraderos.*

Si en un principio la costumbre fue la única fuente normativa de Derecho, con el tiempo fue perdiendo su primacía en favor de la ley. En nuestro Código Civil, como se vio, se considera a la costumbre como fuente supletoria de la ley (*sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral ni al orden público*) y ha de ser probada, por carecer del carácter de autenticidad de la ley. La prueba recaerá necesariamente sobre su observancia en el lugar en que se alegue, según varias sentencias del Tribunal Supremo.

A este respecto es necesario precisar que la palabra *ley* hay que tomarla en este caso en sentido material, esto es, englobando en ella no solamente la emanada del poder legislativo sino también la proveniente de otros órganos de la Administración, como son los Reglamentos, Ordenanzas, Edictos, Bandos, etc... En consecuencia, la costumbre sólo será aplicable en defecto de cualquiera de estas normas jurídicas.

La tesis de que la costumbre es fuente del Derecho administrativo ha sido corroborada en alguna ocasión por el propio Tribunal Supremo, en concreto por sentencia de 15 de marzo de 1963, dictada en un pleito en el que se dilucidaba el

procedimiento a seguir en la celebración de ciertos exámenes académicos, y en la que el Tribunal manifestó que *no existiendo una ordenación específica, hay que seguir la costumbre, que es fuente del Derecho, según el Código Civil, en defecto de ley, extensivo al Derecho especial como es el Derecho administrativo.*

3.8.- Los Principios Generales del Derecho

Los principios generales del Derecho se aplican, de acuerdo con el Código Civil, en defecto de ley o costumbre.

Bajo esta denominación se comprenden los principios del Derecho natural que inspiran el ordenamiento jurídico, y entre los que se encuentran, en el ámbito del Derecho administrativo, los de *proporcionalidad administrativa*, el de *igualdad ante la ley* o el de que *nadie puede ser condenado sin ser oído o sin darle ocasión para que se defienda*, aunque a decir verdad, todos ellos se han ido incorporando al ordenamiento jurídico escrito y, por tanto, su carácter vinculante deriva de su condición de fuente escrita y no de su mera consideración como principios generales del Derecho.

3.9.- La Jurisprudencia

Bien es cierto que las leyes adolecen en ocasiones de falta de precisión, siendo en este caso el Tribunal Supremo el que contribuye indirectamente a la elaboración del Derecho, en el sentido de que si este Tribunal repite varias sentencias con el mismo criterio, se llega a la convicción de que esta forma de proceder crea Derecho.

La jurisprudencia se conceptúa, por tanto, como *el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo; o como el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela la manera uniforme de aplicar el Derecho.* También se le conoce con el nombre de *doctrina legal*, en contraposición a la llamada *doctrina científica* u opinión de prestigiosos especialistas en la materia.

Nuestro Código Civil considera a la jurisprudencia como fuente indirecta y auxiliar del Derecho, estableciendo que *complementará el ordenamiento jurídico*, por lo que en principio sólo será aplicable en defecto de fuentes directas – *ley, costumbre y principios generales del Derecho*–.