

TÍTULO:

***LOS ÁMBITOS DE LA POTESTAD
REGLAMENTARIA INDEPENDIENTE TRAS LA
PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA DE 1978***

Autor: D. Antonio Jesús Alonso Timón

Director: Dr. D. Fernando Saínz Moreno

Universidad Complutense de Madrid

1998

**LOS ÁMBITOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
INDEPENDIENTE TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

por

ANTONIO JESÚS ALONSO TIMÓN

**Tesis entregada como parte de los
requerimientos para la obtención del
grado de**

DOCTOR EN DERECHO

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID**

1998

DIRECTOR: FERNANDO SAÍNZ MORENO

AGRADECIMIENTOS

El autor desea expresar su gratitud a todas las personas que han hecho posible este trabajo, especialmente a su DIRECTOR y a su FAMILIA por el apoyo constante que le han brindado y, fundamentalmente, quiere expresar su admiración, amor y respeto por su MADRE y su NOVIA, a las que tanto debe.

Gracias a ambas por su comprensión y su saber estar en los momentos buenos, pero principalmente en los malos, y por dar tanto a cambio de tan poco.

INDICE PAGINADO POR CAPÍTULOS

A) Introducción del trabajo Pag. 10

B) Esquema de la primera parte: Los antecedentes históricos.
El Pasado.

I. Introducción a la primera parte. Pag. 20

II. Aparición de la potestad reglamentaria. Excurso histórico.

1. Introducción. Pag. 22

2. Principio de juridicidad y principio de legalidad.

2.1. Principio de juridicidad.

2.2. Principio de legalidad.

3. Conclusiones. Pag. 31

III. La aportación alemana a la explicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento.

IV. 1. Introducción: Justificación de la necesidad de estudiar el Derecho alemán. Pag. 33

2. Concepto de ley en Alemania.

3. El principio de primacía de la Ley.

4. El principio de la reserva de Ley.

5. Los elementos de la reserva de Ley en su formulación clásica.

5.1.El concepto de Ley.

5.2.La determinación de las potestades administrativas.

5.3.Las relaciones especiales de sujeción.

6. La concreción de la materia objeto de reserva.

7. De la inicial vinculación negativa a la vinculación positiva de la Administración a la Ley.

8. Las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la reserva.

9. La clasificación alemana de las normas dictadas por la Administración: las distintas clases de reglamentos.

10. Clases de reglamentos.

10.1.Ejecutivos.

10.2.Independientes.

10.3.De necesidad.

11. Conclusiones. Pag. 49

IV. La aportación del Derecho francés a la explicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento.

1. Introducción: Justificación de la necesidad del examen del Derecho francés. Pag. 51
2. El rápido y espectacular cambio de concepción en las relaciones entre la Ley y el Reglamento.
3. La esencia de la tradición jacobina: su concepción de la Ley.
4. La evolución posterior del sistema francés.
5. El momento de mayor intensidad y riqueza en la discusión doctrinal acerca de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Francia: la polémica entre Duguit y Carré de Malberg con la Constitución de la III República de fondo.
6. La influencia de Carré y Duguit en la doctrina francesa de este siglo y la imposibilidad de delimitar las habilitaciones legislativas.
7. La polémica en torno a los reglamentos de administración pública.
8. Conclusiones. Pag. 62

V. Los antecedentes históricos españoles en torno a la relación entre la Ley y el Reglamento.

1. Introducción. Justificación de una mirada a nuestro pasado. ..Pag. 64
2. El concepto español de la Ley en los primeros textos constitucionales.
3. La regulación normativa de la materia en las diferentes constituciones españolas.
 - 3.1. La Constitución de 1812.
 - 3.1.1. La fórmula de atribución de potestades al poder ejecutivo.
 - 3.2. El Estatuto Real de 1834.
 - 3.3. La Constitución de 1837.
 - 3.3.1. Las previsiones normativo-constitucionales.
 - 3.3.2. La realidad normativo-social.
 - 3.4. La Constitución de 1845.
 - 3.4.1. La previsión normativo-constitucional.
 - 3.4.2. La realidad normativo-social.
 - 3.5. La Constitución de 1869.
 - 3.5.1. La previsión normativo-constitucional.
 - 3.5.2. La realidad normativo-social.
 - 3.6. La Constitución de 1876.
 - 3.6.1. La previsión normativo-constitucional.
 - 3.6.2. La realidad normativo-social.
 - 3.7. El anteproyecto de Primo de Rivera de 1929.

3.8.La Constitución de 1931.	
3.8.1.Las previsiones normativo-constitucionales.	
3.8.2.La realidad normativo-social.	
3.9.Justificación de no incluir en la no inclusión en el trabajo de las Leyes Fundamentales del régimen franquista.	
4. Conclusiones al constitucionalismo español anterior a la Constitución de 1978.	Pag. 101

C) Esquema de la segunda parte: La regulación actual. El Presente.

<u>I. Introducción a la segunda parte.</u>	Pag. 108
<u>II. Precisiones terminológicas.</u>	Pag. 113

1. Concepto de potestad reglamentaria.
2. Naturaleza de la norma reglamentaria.
3. Definición de Reglamento.

<u>III. La potestad reglamentaria en la actualidad.</u>	Pag. 117

1. La progresiva expansión de la potestad reglamentaria.
2. Justificación actual de la potestad reglamentaria.
3. Fundamento jurídico de la potestad reglamentaria.
4. Noción de Reglamento independiente.
5. Evolución del Reglamento independiente hasta la actualidad.
6. Conclusiones.

Pag. 131

IV. Reglamento independiente y principio de legalidad.

1. Introducción.
2. El principio de legalidad en la Constitución española de 1978.
 - 2.1. La primacía de la Ley.
 - 2.2. Precisiones en cuanto a las instituciones existentes dentro de nuestro marco constitucional.
 - 2.3. La reserva de Ley.
3. El mito de la vinculación positiva.
4. El principio de legalidad no debe suponer la existencia de una reserva total de Ley. Análisis de los argumentos en favor de una legalidad estricta y su imposible aplicación al caso español.
 - 4.1. El principio de división de poderes.

- 4.2. El Estado de Derecho.
- 4.3. El principio democrático.
- 4.4. Principio del Estado Social y Democrático de Derecho.
- 4.5. La protección jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos.
- 4.6. Otros argumentos.
- 5. Conclusiones. Pag. 155

V. Los puntos de llegada en el Derecho comparado.

- 1. Introducción. Pag. 159
- 2. Las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Ley Fundamental de Bonn.
- 3. Las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Constitución francesa de la V República.
 - 3.1. Los antecedentes más próximos.
 - 3.2. La Constitución de la III República.
 - 3.3. La Constitución de la IV República.
 - 3.4. La Ley de 17 de agosto de 1948.
 - 3.5. La regulación específica de la materia contenida en la Constitución de la V República.
 - 3.6. El problema de la existencia o no existencia de una reserva a Reglamento en la Constitución de la V República.
- 4. Conclusiones. Pag. 175

VI. El debate en torno al modelo de distribución de competencias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en el momento de la aprobación de la Constitución española de 1978.

- 1. Introducción. Pag. 181
- 2. El Borrador de noviembre de 1977.
- 3. El Anteproyecto de enero de 1978.
 - 3.1. Caracteres de la reserva en el Anteproyecto.
- 4. Conclusiones. Pag. 190

VII. Titularidad de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1978.

- 1. Introducción. Pag. 192
- 2. Una primera aproximación al tema. Distinción entre potestad reglamentaria interna (ad intra) y potestad reglamentaria externa (ad extra).

3. La atribución de la potestad reglamentaria en nuestro sistema jurídico: los entes que tienen reconocida potestad para dictar reglamentos.

3.1. Las entidades territoriales tienen claramente otorgada una potestad reglamentaria por nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. El concepto de Administración pública. La crisis de la concepción tradicional. Quiebra del concepto tradicional de Administración pública.

3.3. Los órganos constitucionales tienen reconocida, en general, una potestad reglamentaria ad intra para el ejercicio de sus funciones constitucionales. El caso singular del Consejo General del Poder Judicial.

3.4. Los entes instrumentales sólo tienen atribuida potestad reglamentaria si así lo prevé una Ley.

3.5. Los Estatutos Generales y las demás normas emanadas de los Colegios Profesionales no son reglamentos independientes.

3.6. Los Estatutos de las Universidades Públicas y los demás reglamentos universitarios tampoco participan del carácter de reglamentos independientes.

3.7. La posibilidad de atribuir potestad reglamentaria en favor de las denominadas "Autoridades Administrativas Independientes."

4. La forma de manifestación externa de la potestad reglamentaria: clases de reglamentos que dictan las entidades territoriales en nuestro país.

4.1. En el ámbito de la Administración General del Estado.

4.2. En el ámbito de las Comunidades Autónomas.

4.3. En el ámbito de la Administración Local.

5. Las relaciones entre las diferentes categorías reglamentarias.

6. La potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación.

6.1. Introducción.

6.2. La función constitucional del Gobierno.

6.3. La polémica cuestión de la atribución de competencias reglamentarias en favor de los Ministros.

6.4. Las autoridades y órganos inferiores a los Ministros.

7. Conclusiones. Pag. 232

VIII. Contenido y extensión de la potestad reglamentaria del Gobierno.

Ámbito material de actuación del Reglamento.

1. Introducción. Pag. 235

2. El artículo 97 de la Constitución desde el punto de vista de la extensión de la potestad reglamentaria que reconoce en favor del Gobierno.

2.1. Necesidad de habilitación legal para que el Gobierno dicte reglamentos de todo tipo.

2.2. Reconocimiento de una potestad reglamentaria en favor de la Administración, con el necesario respeto a la reserva material y formal de Ley.

2.3. No necesidad de habilitación para los reglamentos de organización.

2.4. El artículo 97 de la Constitución sólo habilita para el dictado de reglamentos ejecutivos.

3. La cuestión de la necesidad o innecesariedad de habilitación legal para el dictado de reglamentos de organización en base al artículo 97 de la Constitución: la doctrina de García de Enterría.

4. Imposibilidad de deducir del artículo 97 de la Constitución los límites de la potestad reglamentaria.

5. Conclusiones. Pag. 254

IX. Régimen jurídico del Reglamento independiente en España.

1. Introducción. Pag. 256

2. Las reservas de Ley en la norma constitucional.

3. Carácter acorde a nuestra tradición histórica de las reservas de Ley que se prevén en la Constitución de 1978.

3.1. Reserva de Ley en materia de derechos fundamentales.

3.2. Reserva de Ley en materia presupuestaria.

3.3. Reserva de Ley orgánico-institucional de la actividad administrativa.

3.4. Reserva de Ley orgánica.

3.5. El reflejo de la cláusula libertad y propiedad en la Constitución de 1978.

3.6. La operatividad del Reglamento independiente en estas materias.

4. Los ámbitos sobre los que puede operar el Reglamento independiente.

4.1. Introducción.

4.2. Reglamento independiente en el ámbito organizacional.

4.3. El Reglamento independiente en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción.

4.4. El Reglamento independiente en el sector de las normas técnicas.

4.5. El Reglamento independiente en el sector de la ejecución del Derecho comunitario.

4.6. El Reglamento independiente en la materia prestacional.

5. Conclusiones. Pag. 286

X. La posición de la jurisprudencia española en torno al Reglamento independiente.

1. Introducción. Pag. 288
2. La primera época. Reconocimiento de la existencia de reglamentos independientes y otorgamiento de ámbitos amplios al mismo, aunque sin precisar claramente los mismos.
3. Postura de la jurisprudencia española en torno a las cuestiones más importantes en materia de potestad reglamentaria.
 - 3.1. Potestad reglamentaria del Gobierno. Ámbitos y forma de ejercicio.
 - 3.2. La potestad reglamentaria de los Ministros.
 - 3.3. Las posibilidades reales que otorga nuestra jurisprudencia al Reglamento independiente.
4. La postura de nuestra jurisprudencia en torno a otras cuestiones importantes relacionadas con la materia.
 - 4.1. No aplicación de la reserva de Ley a las normas preconstitucionales.
 - 4.2. Naturaleza jurídica de las Circulares.
 - 4.3. Posibilidades de desarrollo reglamentario por las Comunidades Autónomas de la legislación básica estatal si no existe reserva de Ley material o formal en la materia.
5. Conclusiones. Pag. 305

XI. La potestad reglamentaria y el fenómeno de las Autoridades Administrativas Independientes.

1. Introducción. Pag. 308
2. Justificación de la existencia de este tipo de entes independientes.
3. Las Autoridades Administrativas Independientes. ¿Un fenómeno nuevo?
4. Delimitación de las Autoridades Administrativas Independientes.
5. La configuración, reconocimiento y regulación de las Autoridades Administrativas Independientes.
6. Las supuestas Autoridades Administrativas Independientes.
7. Las Autoridades Administrativas Independientes que tienen reconocida potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico.
 - 7.1. El Banco de España.
 - 7.1.1. La función constitucional del Banco de España.
 - 7.1.2. Naturaleza jurídica del Banco de España y fundamento de su independencia.
 - 7.1.3. La influencia de la autonomía del Banco de España en las competencias constitucionalmente reservadas al Gobierno en el artículo 97.
 - 7.1.4. La capacidad normativa del Banco de España. La polémica doctrinal en torno a las Circulares del Banco de España.
 - 7.1.4.1. La postura de Parada.

- 7.1.4.2. La postura de T. R. Fernández.
- 7.1.5. El artículo 3 de la LABE.
- 7.1.6. La naturaleza jurídica concreta de la potestad reglamentaria reconocida al Banco de España.
- 7.2. La Comisión Nacional del Mercado de Valores.
 - 7.2.1. La Ley 24/1988 de 28 de julio.
 - 7.2.2. Las funciones de la CNMV.
 - 7.2.3. Naturaleza jurídica y capacidad normativa de la CNMV.
- 8. Conclusiones. Pag. 341
 - 8.1. Sobre el Banco de España.
 - 8.2. Sobre la CNMV.

D) Esquema de la tercera parte: Hacia una mejora de la calidad y de la legitimación democrática de la norma reglamentaria. El Futuro.

I. Introducción a la tercera parte. Pag. 343

II. Reflexiones en torno a la norma reglamentaria.

- 1. Introducción. Pag. 348
- 2. El encuadre constitucional del Reglamento.
- 3. Visión prospectiva de la norma reglamentaria.
- 4. Valoración de la norma reglamentaria desde el punto de vista de la protección de las garantías de los ciudadanos.
- 5. Justificación de la opción formal y no material como manera de resolver mejor la concurrencia de ambas normas en la mayor parte de los ámbitos de la esfera jurídica.
- 6. Conclusiones. Pag. 361

III. La importancia de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos en el Derecho español.

- 1. Introducción. Pag. 363
- 2. La participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.
 - 2.1. La regulación en nuestra Constitución de la participación ciudadana.
 - 2.2. La carga normativa del artículo 105 a) de la Constitución.
 - 2.3. El desarrollo a nivel legal de la previsión constitucional de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias.
 - 2.3.1. El antiguo artículo 130.4 y 5 de la LPA de 1958.

- 2.3.2. El nuevo artículo 24.1 de la Ley del Gobierno.
- 2.3.3. Exégesis del nuevo artículo 24.1 de la Ley del Gobierno.
- 3. La participación ciudadana no sólo se reduce al procedimiento de elaboración de reglamentos.
- 4. Conclusiones. Pag. 379

IV. Un ejemplo de Derecho comparado donde la participación ciudadana ha generado unos efectos beneficiosos en la calidad de las normas reglamentarias: Los EEUU de Norteamérica.

- 1. Introducción. Pag. 381
- 2. El fundamento del principio general de participación pública en el procedimiento reglamentario.
 - 2.1. El fundamento material.
 - 2.1.1. La mejora de la calidad de la norma.
 - 2.1.2. La garantía de los sectores afectados.
 - 2.1.3. Legitimación democrática de la norma.
 - 2.2. El fundamento jurídico.
- 3. Tipos de procedimientos reglamentarios existentes en los EEUU.
- 4. Posibilidades de importar o extrapolar algunos aspectos de la regulación norteamericana al ordenamiento jurídico español.
 - 4.1. Aspectos más positivos que podrían ser tomados del Derecho norteamericano.
 - 4.2. Aspectos menos positivos del sistema norteamericano.
- 5. Reflexión final.
- 6. Conclusiones. Pag. 398

V. Hacia una mejora en la calidad y en la publicidad institucional de las normas reglamentarias en particular.

- 1. Introducción. Pag. 400
- 2. La necesidad de mejorar la calidad técnica de las normas reglamentarias en el procedimiento de elaboración.
- 3. La necesidad de otorgar mayor publicidad institucional a las normas en general y a las reglamentarias en particular.
- 4. Conclusiones. Pag. 407

E) Conclusiones generales del trabajo Pag. 409

F) Jurisprudencia examinada Pag. 421

G) Bibliografía Pag. 429

INTRODUCCIÓN GENERAL

Creo necesario comenzar este estudio con algunas consideraciones de tipo personal, siquiera sea brevemente expuestas al inicio de esta introducción.

Tengo que decir, en primer lugar, que a pesar de los sin sabores y de los problemas que la investigación en España tiene hoy en día planteados en todas las disciplinas en general y en las sociales en particular, me siento orgulloso de haber realizado este trabajo, de los años que he invertido en elaborarlo y de haber emprendido este largo y tortuoso camino de la investigación, a pesar de las dudas y de las tentaciones que los propios avatares de la vida te van creando cuando el tiempo, ese juez insobornable, va pasando más rápidamente de lo que, en ocasiones, quisiéramos.

La elección del tema objeto de esta investigación fue obra conjunta de mi Director, profesor mío durante la carrera, y yo. Las ganas y la ilusión por comenzar a investigar un aspecto concreto de la disciplina que gracias a D. Fernando Sáinz Moreno había comenzado a amar durante los años de mi licenciatura pesaban en mí mucho más que la inexperiencia y la temeridad que suponía abordar una cuestión tan complicada y polémica como la que aquí se presenta.

He de confesar que, ahora, tras el paso de los años padezco esa especie de “síndrome de Estocolmo” que parece afectar a todos aquellos que realizan la tesis doctoral. Es absolutamente cierta esa frase que en numerosas ocasiones he oído pronunciar a amigos más veteranos e, incluso a mi propio Director, de que la tesis marca en buena medida tus reflexiones futuras e, incluso, tu vida.

Hechas esas primeras consideraciones de tipo personal, pasaremos a dar noticia de las líneas generales del trabajo que hemos ahora presentamos.

Lo primero que quiero poner de relieve es el intento, casi desesperado diría yo, por efectuar un trabajo original, en el que se contuviesen propuestas con las que se pueda estar de acuerdo o no, pero que hagan reflexionar acerca de la cuestión tratada.

La promulgación de la Constitución de 1978 supone un acontecimiento de primera magnitud en todos los órdenes de la vida de este país. Sin embargo, como no podía ser de otra manera al tratarse de una norma jurídica, es en el ámbito del Derecho donde la trascendencia de ese alumbramiento se hace más patente.

Los estudios que sobre la Constitución se han llevado a cabo desde su entrada en vigor son muy numerosos. En algunos casos, se ha conseguido sacar un partido sustancialmente mayor al inicialmente previsto de los preceptos constitucionales, como es el caso del artículo 24, y, en otros, se ha intentado interpretar las mandatos de la norma normarum de una manera tan peculiar que los resultados han acabado conduciendo al absurdo. No obstante, el denominador común de todos estos trabajos ha sido el loable intento de explicación a través de la investigación de nuestra más importante norma jurídica para que se pueda comprender de una manera más clara.

Es lógico, incluso obligado, que cualquier estudio actual sobre el ordenamiento jurídico español tenga que mirar con mayor o menor intensidad al texto constitucional. Esa mirada a la Constitución es especialmente necesaria en disciplinas jurídico-públicas que intentan estudiar la composición, estructura y funcionamiento del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos.

Por lo tanto, la Constitución sirve de guía y marca en primer término el camino a seguir en cualquier estudio sobre el Derecho público español actual y sobre todas sus instituciones.

En el estudio que se propone, la aseveración que se acaba de efectuar tiene validez plena. El texto constitucional dedica un sólo artículo, el 97, a la potestad reglamentaria. Para algunos autores, este único precepto supone un tratamiento constitucional escaso de la materia. Para otros, una declaración tan general obliga a los tribunales y a la doctrina que se ocupe de esta cuestión a efectuar una profunda labor de interpretación. Lo que no ofrece lugar a la duda es que, escaso o no, es a partir de ahí donde debe nacer el estudio de la potestad reglamentaria y de las relaciones entre las dos fuentes del Derecho más importantes en nuestro ordenamiento, a saber, la Ley y el Reglamento. Sin embargo, no es ese precepto constitucional sólo el que ha de ser interpretado cuando de potestad reglamentaria y de calidades de la misma hablamos.

Haciéndonos eco de lo que dice Baño León¹ en la introducción general a su magnífico libro en torno a esta cuestión, “la importancia teórica y práctica del poder reglamentario de las administraciones públicas tras la Constitución española de 1978 ha sido correspondida por la doctrina española menos de

¹BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978”. Editorial Civitas. Madrid 1991, página 19.

lo que traslucen las exposiciones de los Manuales y Tratados de Derecho Constitucional y Administrativo” y posteriormente explica que “...lo que hay detrás es de primera importancia; para las garantías de los ciudadanos, porque se debaten las posibilidades que la Administración tiene para regular su actividad; para el estado democrático porque está en juego el alcance que debe darse a la potestad normativa de la Administración Pública y con ello la efectividad de la división de poderes”². Ambas afirmaciones nos parecen acertadas. En primer término porque es verdad que existen todavía pocos estudios monográficos sobre la potestad reglamentaria tras la Constitución de 1978. Quizás sea ese el motivo por el que todavía no existe acuerdo y, por tanto, no es pacífico ni está resuelto el problema acerca de los ámbitos en los que puede operar el Reglamento independiente o la intensidad que ha de darse a la Ley habilitante en aquellas otras zonas del ordenamiento jurídico en las que el Reglamento debe servir de escudero a la Ley o, a sensu contrario, la vinculación que el Reglamento debe observar con la Ley.

También es evidente, en segundo lugar, la importancia que el esclarecimiento de esas cuestiones tiene desde el punto de vista práctico, pues estamos haciendo referencia al núcleo central de la manifestación de la actividad administrativa, que se expresa por la producción de reglamentos, y a las garantías que deben reconocérseles a los ciudadanos frente a ese poder para que no vulnere los límites constitucionales que se imponen y pase a regular materias que debieran ser normadas en primer lugar por la Ley por incidir en ámbitos tan delicados y celosos de ser privados de cualquier regulación arbitraria por parte del poder ejecutivo como las cuestiones que inciden en la esfera de la libertad de los ciudadanos. Sólo con el establecimiento de ciertos límites a la potestades administrativas y con el reconocimiento de esas garantías frente al poder pueden cumplirse las premisas del Estado democrático y cumplir uno de los objetivos primordiales del Derecho administrativo moderno, cual es el destierro de todo indicio de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico reconoce a los poderes públicos, lo cuales deben someter toda su actuación al Derecho.

Puesto de relieve la importancia de la investigación, debemos sin más dilación presentar algunos de las temas que se tratan dentro de la misma.

La estructura de la tesis doctoral es una de las cuestiones que, sin duda, más quebraderos de cabeza le plantea al autor de la misma, al menos así ha sucedido en el caso de este doctorando.

²BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 19.

La preocupación por abordar la materia desde todos los puntos de vista posibles sin que queden lagunas visibles en la investigación es difícil de conjugar con el objetivo de profundizar en aspectos concretos, que es a lo que por definición un trabajo de estas características debe aspirar. Somos conscientes de que la cuestión que se investiga aquí es susceptible de ser abordada de diferentes modos y maneras. Nosotros intentaremos analizarla enmarcándola en el ordenamiento jurídico que más nos interesa, el español, y en el contexto histórico, jurídico y social actual, el regulado y presidido por la Constitución española de 1978 que la amplia mayoría del pueblo español refrendó con su voto positivo, sin que, en aras a obtener una mayor información que sirva para interpretar mejor la regulación que se contiene en dicha norma, pueda prescindirse de las regulaciones anteriores que la materia ha tenido y de la influencia histórica propia y de Derecho comparado que la situación actual recibe.

Pensamos que no es posible analizar el tema que nos ocupa ni ninguna otra institución jurídica desde un punto de vista estático tan sólo, sino que es necesario hacer referencia a aspectos dinámicos tan importantes como el origen y evolución de la institución a lo largo del tiempo para entender cómo se llega al momento actual de la regulación, los cambios o deformaciones que haya sufrido y si aun quedan reminiscencias de esa concepción ancestral en nuestros días que puedan ser explicadas con una simple mirada al pasado.

De igual modo parece adecuado intentar un análisis prospectivo de la materia, no fijándose, por tanto, tan solo en la historia sino intentando dibujar el futuro hacia donde tiende la regulación a partir de los datos que actualmente se poseen o, mejor todavía, el futuro hacia donde el investigador quisiera que la institución derivase en una apuesta personal de la que debe estar impregnada la investigación en un intento de conjugar el ser con el deber ser, ese *sein* y *sollein* que dicen los alemanes. En este sentido, se analiza en la parte final de la tesis los aspectos que consideramos más necesitados de reforma y de adaptación a las nuevas necesidades jurídicas y sociales actuales, ya que, en definitiva, las herramientas jurídicas deben estar enfocadas al mejor servicio, no sólo de los diferentes operadores jurídicos, sino del conjunto de los ciudadanos. A este empeño, como digo, se dedica la parte final del trabajo. Se hace hincapié en el mismo en la necesidad de mejorar la técnica de elaboración de los reglamentos en general y de los independientes en particular, especialmente de los reglamentos independientes, repito, con el objetivo de dotarles de una mayor legitimación democrática y de un mayor grado de control apriorístico que en

este punto temprano no vamos a desvelar en qué consisten, una vez constatado que, aunque de manera residual y excepcional, existir, existen.

Se formulan una serie de propuestas que no adelantaremos en esta introducción. Lo que sí diremos es que el aspecto formal de la producción de reglamentos debe operar un cambio sustancial para que este tipo de normas sean vistas con mejores ojos y que no se les siga criticando por su falta de sentido democrático por ser emanadas directamente del poder ejecutivo y que no se subordinan a esa otra norma superior desde el punto de vista jerárquico, más democrática por emanar del Parlamento elegido directamente por los ciudadanos como es la Ley, sobre todo los reglamentos denominados como “independientes”, los cuales escapan, inicialmente, al control del Parlamento.

Creemos que dentro de nuestra norma constitucional existen las técnicas suficientes como para dotar a los reglamentos independientes, como se verá, de un plus de democracia a través, fundamentalmente, de la mejora de su procedimiento de elaboración y para que sean despojados de esa caracterización negativa que para muchos tienen todavía hoy, sin olvidar por supuesto el importante problema del deslinde definitivo de las materias sobre las que se pueden proyectar los reglamentos independientes, cuestión sobre la que hablaremos posteriormente cuando hagamos alusión a la sistemática que se sigue en el estudio.

Por lo que hace referencia al tratamiento del Derecho Comparado, hemos optado por no dedicar un Capítulo entero al estudio del mismo. Por el contrario, iremos insertando el mismo en las diferentes partes del trabajo respondiendo a nociones más cronológicas que a otra cosa en la medida en que sea necesario para obtener datos e informaciones relevantes que hayan influido en la regulación española histórica o actual o que, sin haber influido en esa regulación, pensamos nosotros que podrían tomarse en cuenta aspectos concretos de la regulación contenida allí a la hora de introducir algunas reformas que mejorasen nuestro sistema, como sucede en la última parte de nuestro trabajo con el caso de la regulación del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias que vigente actualmente en los EEUU de Norteamérica. Sin negar la importancia que el Derecho Comparado tiene en este ámbito concreto objeto de nuestra investigación por tratarse de una institución conocida en todos los países de nuestro entorno, con la excepción cada vez más matizada del Reino Unido, pensamos que no es adecuado dedicar una parte entera del trabajo al análisis de la regulación de la materia en otros ordenamientos. Y ello por dos motivos principalmente.

En primer lugar, porque la influencia de ninguna de las regulaciones foráneas está claramente presente en nuestro sistema y si aspectos concretos, por lo que pierde interés el análisis exhaustivo de dichos ordenamientos.

En segundo lugar, porque el tratamiento, estudio o interpretación del Derecho Comparado requiere un grado de especialización y conocimiento del sistema normativo al que se alude que las afirmaciones que sobre el mismo se hagan deben ser muy medidas, medidas y sosegadas para que no resulten inocuas o, incluso, erróneas. El Derecho Comparado es una bomba muy peligrosa que debe ser tratada con mucha delicadeza para que no explote entre las manos del investigador que lo manipula.

Dice al respecto Rebollo Puig³: “Ni la potestad reglamentaria ni los interrogantes que aquí suscita son exclusivos de nuestro actual Derecho...No sólo es legítimo sino obligado acudir a doctrinas y criterios acuñados sobre otros textos constitucionales para interpretar el nuestro...Sin embargo, es necesario desde ahora precaverse contra ciertos excesos. Debe notarse que, aun en un tema tan central como el de la potestad reglamentaria, hay diferencias no insustanciales entre Estados democráticos de Derecho e, incluso, con régimen administrativo. No hay una única solución ajustada al Estado democrático de Derecho, ni al régimen administrativo; y si ello es así, no está justificado trasplantar la de esos países al nuestro sin ni siquiera comprobar que los presupuestos positivos en que se asentaron o las tradiciones incontestadas que las justifican no aparecen aquí. Frente a ello, el punto de partida y de confrontación continua debe ser nuestro Derecho Constitucional”.

Por consiguiente, resulta imprescindible realizar en el trabajo referencias a distintos sistemas normativos que o bien han influido a lo largo de la historia en la regulación de la potestad reglamentaria en nuestro país o bien estuvieron a punto de hacerlo en la regulación actual, sin que ello suponga que perdamos de vista lo realmente importante, es decir, nuestro sistema normativo propio. Concretamente, me estaba refiriendo en el segundo caso, cuando hablo de sistemas que estuvieron a punto de influir en nuestro ordenamiento en el momento de aprobación de la Constitución, al intento de importar la reserva reglamentaria regulada en Francia por la Constitución de la V República en el Anteproyecto de Constitución española de 1978, donde se contemplaban en el artículo 72 y 79 las materias reservadas a la Ley en el primero y al Reglamento en el segundo, en términos parecidos, que no

³REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”. RAP (125). 1991, página 10.

idénticos, a lo que sucede en Francia con los artículos 34 y 37 del texto constitucional actualmente vigente.

Aparte del caso francés, también es interesante la experiencia de países como Alemania en ese análisis histórico y actual que se propone y la de EEUU en cuanto se pretende poner de manifiesto la experiencia que allí se tiene acerca de algunas de las propuestas que en la parte final del trabajo se sugieren, por lo que las alusiones a esos países sí que estarán bastante presentes en el trabajo.

De cualquier forma, debemos insistir en la relativa importancia que debemos otorgar al Derecho Comparado haciéndonos eco de las palabras de Rubio Llorente⁴, quien afirma que “si en España hemos de tener una ciencia propia del Derecho público no será por el camino, durante tanto tiempo seguido, de repetir los diagnósticos y las soluciones ajenas, sino esforzándonos por establecer ingenuamente nuestro propio diagnóstico y buscar nuestras propias soluciones...Creo firmemente que sólo avanzaremos realmente cuando comencemos por plantear nuestros propios problemas y esbozar nuestras propias soluciones que, naturalmente, no podrán ignorar nunca las que en otros lugares se han dado”.

Otro aspecto importante que ha llamado nuestra atención como consecuencia de la investigación es el fenómeno de las Autoridades Administrativas Independientes. A ellas nos referimos en la segunda parte de nuestro trabajo: se trata de delimitar qué entidades tienen reconocida esa independencia en nuestro ordenamiento, ver cuáles de ellos tienen atribuida potestad reglamentaria y examinar como ejercen esa potestad los que la tienen atribuida para ver si este tipo de entidades, presentes en nuestro ordenamiento mucho antes de la aparición de la Constitución de 1978, tienen una auténtica capacidad reglamentaria en términos parecidos a la potestad reglamentaria de la que gozan los entes territoriales tradicionales. Las leyes reguladoras de algunas de estas entidades les reconocen una potestad reglamentada referida al ejercicio de la actividad sobre la que operan.

También se trata de ver si esa potestad reglamentaria que las leyes les otorgan a algunas de esas Autoridades Administrativas Independientes puede ser calificada como una auténtica potestad reglamentaria independiente. Especialmente llamativo en este ámbito es el caso del Banco de España con la nueva configuración que le da la LBE de 1994 al dotarle

⁴ RUBIO LLORENTE, F.: “Rango de Ley, Fuerza de Ley y Valor de Ley”. RAP (100-102), 1983, página 418.

de gran autonomía en consonancia con las directrices del proceso de Unión Monetaria que prevé la creación del Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales en la tercera fase que se iniciará en enero 1999, tras el estadio intermedio en el que los países miembros deben reconocer una gran independencia a sus bancos centrales en la fijación de algunas variables macroeconómicas, fundamentalmente la política monetaria.

En este contexto, el artículo 3 de la LBE reconoce, por fin explícitamente, la potestad que tiene el Banco de España para dictar reglamentos, mal llamados Circulares.

No sólo es objeto de estudio el Banco de España dentro de ese apartado que aquí hemos denominado “fenómeno de las Autoridades Administrativas Independientes”, sino que también entidades tales como la Comisión Nacional del Mercado de Valores son analizadas. Esas son las dos AAI que tienen reconocida de modo claro y diáfano por parte de sus normas reguladoras una potestad reglamentaria en la actualidad.

Algunos órganos constitucionales tienen reconocida también una capacidad normativa de este tipo, destacando en este punto el caso del Consejo General del Poder Judicial, que tras la reforma reciente que ha sufrido el citado organismo, la calidad de sus capacidades normativas se ha visto afectada, pero sin que pueda ser considerado como Autoridad Administrativa Independiente, evidentemente. Es un órgano constitucional y su creación, funcionamiento y potestades hallan su explicación en otras coordenadas jurídicas.

Por lo tanto, una vez enunciados a modo de resumen algunos de los temas más importantes que se tratan en esta trabajo, informamos ahora del esqueleto general de la tesis, que está dividida en tres partes.

La primera parte se dedica al estudio de las relaciones entre la Ley y el Reglamento hasta llegar a la aprobación de la Constitución de 1978. Se analiza la aparición de la misma y su plasmación en las sucesivas constituciones aprobadas en nuestro país durante el siglo XIX y XX. Se efectúa, junto con la regulación dada en el texto constitucional a esta cuestión, una referencia a lo que sucedía en la práctica, debido a las enormes diferencias que se producía en ocasiones entre lo que se decía en la Constitución y lo que realmente pasaba en la práctica.

En la segunda parte de la tesis analizamos nos centramos en el fenómeno de la potestad reglamentaria en la actualidad, haciendo mayor hincapié en lo que más polémica ha causado hasta hoy, esto es, el ámbito sobre el que se puede ejercer dicha potestad sin que se vulnere el claro espíritu constitucional de supremacía de la Ley en general y, especialmente, en determinadas materias en las que se prevé una reserva reforzada para que determinadas materias sean reguladas, al menos en primer término, por la Ley y sobre las cuales el Reglamento sólo puede entrar de una manera secundaria, tal y como declara nuestro Tribunal Constitucional.

Como se esbozó anteriormente también se incluye en esta parte un análisis de la potestad que tienen reconocida ciertas Autoridades Administrativas Independientes para ver qué tipo de capacidad normativa se les reconoce a las mismas y las cualidades predicables de la misma.

Por último, la tercera parte del trabajo centrará los esfuerzos en poner de relieve las causas que han hecho que los reglamentos sean normas tan criticadas y con tan “mala prensa” y se opta por recomendar algunas propuestas de reforma en el proceso de elaboración de los mismos. Propuestas todas ellas perfectamente posibles y respetuosas con nuestro sistema constitucional, sin que se necesiten para ser implantadas grandes reformas que constituyan una revolución imposible de asumir para el legislador.

Llegado a este punto, una vez enunciados los contenidos más sobresalientes que se tratan y la sistemática a seguir, el lector se preguntará probablemente lo siguiente: ¿dónde se coloca a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en este trabajo?, ¿es que no va a ser tratada?, ¿no nos ha dicho el autor que pretende abordar la materia sin que existan lagunas visibles?. Pues bien, diremos que sí se hace alusión a la jurisprudencia de nuestras Altas Magistraturas a lo largo del trabajo, incluso más de lo que hubiéramos deseado. Se les dedica un apartado concreto en la segunda parte del estudio, la que hace referencia a la regulación actual de la materia, donde se pone de relieve cuáles son los pensamientos jurisprudenciales en torno a las cuestiones más relevantes del asunto que nos ocupa.

Debemos dejar bien sentado desde el inicio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la potestad reglamentaria en general y al Reglamento independiente en particular, no aporta absolutamente nada de luz al tema. Por lo tanto, es conveniente empezar a dejar de ensalzar la posición de nuestra jurisprudencia en este ámbito concreto porque las

posturas de nuestros Altos Tribunales no suponen nada realmente novedoso ni especial al respecto, no sacan partido de algunas de las previsiones constitucionales ni han sostenido una interpretación diferente a la que defiende el sector doctrinal que mayor influencia ejerce sobre la generación de Magistrados que ocupan las plazas del Tribunal Supremo en la actualidad, y ello haciendo un uso incorrecto de la misma, que lleva a conclusiones totalmente diferentes a la que la citada Doctrina llega, con efectos prácticos diferentes también.

En definitiva, pensamos que del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo no se pueden extraer grandes principios y que su examen, siendo importante, no tiene un papel absolutamente relevante.

En este sentido, estamos de acuerdo con Rebollo Puig⁵ cuando expresa sus dudas acerca de la utilidad del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia al afirmar que “el mismo Tribunal Supremo, en una confesión estimulante, reconoce que el tema de la potestad reglamentaria de la Administración ha sido y es uno de los más complicados del Derecho Administrativo en general y del español en particular y ello antes como después de la Constitución de 1978...La jurisprudencia, a lo sumo, puede mostrar cierta tendencia, aunque sin perfilar sus concretas consecuencias, y, aun así, con sentencias contradictorias que no pueden considerarse excepciones aisladas”. Lo que este autor dijo en 1991 sigue plenamente vigente en nuestros días, si bien, existe en los últimos tiempos una línea jurisprudencial en el Tribunal Supremo más definida y clara.

Este es el esquema en el que creemos y así lo presentamos.

⁵ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad...” op, cit., página 8

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE

Nos disponemos a afrontar el estudio de la primera parte de nuestro trabajo. Dividiremos la misma en bloques bien diferenciados con objetivos distintos, pero que, combinados, nos permitirán estar en condiciones de entrar a analizar la potestad reglamentaria independiente tal y como está configurada en el ordenamiento jurídico español actual presidido por la Constitución de 1978.

Los bloques anunciados son los siguientes:

En primer lugar realizaremos una aproximación histórica al origen de la potestad reglamentaria y a su evolución a lo largo de estos dos últimos siglos con el objetivo de conocer cuáles son los principios y conceptos fundamentales en la materia.

En otro bloque se estudia la regulación histórica que en el siglo pasado conocieron las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Alemania y Francia, es decir, el sistema de división de poderes que se acogía en ambos ordenamientos para delimitar las competencias del poder legislativo y el poder ejecutivo.

Los países elegidos para el análisis no lo han sido al azar, sino que en ellos se ponen de manifiesto las dos tendencias más encontradas en torno a la concepción de la materia que estudiamos. Los dos representan modelos absolutamente contrapuestos y, los dos también, influyen de manera significativa en la regulación que las constituciones españolas del siglo XIX efectúan sobre la materia. Resulta, por tanto, obligado echar un vistazo a otros países, fundamentalmente Alemania y Francia, por la influencia que los acontecimientos acaecidos allí tuvieron aquí en momentos puntuales de nuestra Historia.

Dijimos en la introducción general a esta investigación que, si bien la regulación actual de la materia en España no está inspirada clara y contundentemente en ninguna experiencia comparada, sí que es cierto que en otros momentos importó pensamientos, teorías y conceptos acuñados allende nuestras fronteras.

En un tercer bloque, se analiza la experiencia histórica española.

El objetivo es, de nuevo, ver qué herencia histórica propia ha recibido nuestro texto constitucional de 1978 y ver si en el mismo se encuentran

previsiones que puedan ser explicadas con una simple vista atrás hacia nuestro pasado.

Es evidente que el estudio de cualquier cuestión referida a un momento histórico concreto es necesario hacerlo desde un punto de vista dinámico y no simplemente estático. No es posible comprender el puzzle de cuestiones que rodean toda clase de instituciones jurídicas sin saber cómo surgieron, cómo fueron concebidas en el pasado y cómo han ido evolucionando con el transcurso de los años.

Por consiguiente, con la realización de esta primera fase de nuestro trabajo, debemos encontrarnos en condiciones de afrontar la parte fundamental del mismo: el análisis del tratamiento que da a la materia la Constitución de 1978, una vez que conozcamos ya los antecedentes históricos, no sólo españoles sino de otras experiencias comparadas.

No pretendemos con esta primera parte de la investigación mayores pretensiones que las expuestas: conocer las influencias que de otros ordenamientos sufren nuestras sucesivas constituciones y las huellas que las mismas han dejado en la actual. Hemos intentado en todo momento que no se produzca lo que suele ser frecuente con la parte histórica en muchas tesis doctorales; el desbordamiento de la materia por pretender llegar a cuestiones que no pueden ser abordadas en trabajos de estas características.

También creemos necesario apuntar, por las dudas que nos han surgido en conversaciones acerca del trabajo con distintos profesores, que nos parece más adecuado el tratamiento de la parte histórica al inicio y no al final, puesto que lo que queremos es ver como influye el pasado en el presente. Lo que queremos es, incluso, aprender de nuestra historia en nuestras propias carnes y comprender mejor nuestras instituciones pretéritas.

APARICIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. EXCURSO HISTÓRICO

1. Introducción

Como apunta Santamaría Pastor⁶, “lo que hoy entendemos por Reglamento y potestad reglamentaria es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas legislativas, que se inicia en la Baja Edad Media”.

En aquella época, sin embargo, las tensiones eran todavía poco perceptibles por el poco número de normas que se promulgaban.

Es a partir del siglo XVIII cuando empiezan a surgir controversias entre los Reyes y las Asambleas legislativas por la competencia en la aprobación de las normas jurídicas. Las Asambleas, cada vez con mayor peso específico en la vida de los diferentes países como consecuencia del desarrollo económico que se produce con la revolución industrial y por el indudable peso político de la contribución de los representantes de las mismas, se resisten con mayor fuerza a la aprobación por el Monarca de las normas. De esta forma, los Monarcas, forzados por las circunstancias y la presión de estas Asambleas, llegaban a asumir compromisos para no dictar normas sin el consentimiento de estas. Sin embargo, dichos compromisos eran sistemáticamente incumplidos posteriormente por los Reyes.

Este lento proceso histórico va a sufrir una aceleración drástica con la llegada de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

La ideología y los presupuestos jurídicos surgidos de éstas suponen un cambio conceptual radical en el campo de la creación normativa. Se pasa así del dominio casi absoluto del Monarca en este terreno a la preponderancia general de la acción del Parlamento debido a la mayor legitimación democrática con la que éste queda investido.

Si ilógica era la situación que se producía antes del movimiento revolucionario, no menos ilógica iba a ser la surgida del mismo.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos de Derecho Administrativo”. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1988, página 248.

En atinadas palabras de Santamaría Pastor⁷ se define como “una propuesta histórica inviable que, como es lógico, se saldará con una solución inicial de compromiso: la normación de origen parlamentario reingresa en el sistema normativo, pero sin privar por completo al Monarca de sus antiguos poderes, que se mantienen, pero con carácter subordinado a aquella: esto es, como potestad reglamentaria”.

De este compromiso surge, por tanto, el embrión de la potestad reglamentaria que con los lógicos cambios y el progresivo desarrollo sufrido a lo largo de dos siglos, conocemos actualmente.

Angel Garrorena⁸ opina que este surgimiento de la potestad reglamentaria contemporánea se encuentra en el mantenimiento de las potestades normativas de las que el poder ejecutivo nunca se vio desposeído tras la Revolución francesa.

En efecto, de la Revolución francesa nació el principio democrático amparado en la soberanía nacional. También provienen de dicha Revolución otros principios que tienen como objetivo común el privar de todo indicio de arbitrariedad al ejercicio del poder por parte de las distintas entidades públicas que lo detentan. Sin embargo, estos objetivos revolucionarios tuvieron que enfrentarse con el llamado principio monárquico, el cual reconocía una legitimación propia en favor del poder ejecutivo para detentar ciertas parcelas de poder con exclusividad y crear Derecho sobre las mismas. Pues bien, del juego de ambos principios, el democrático y el monárquico, va a surgir el compromiso al que aludíamos anteriormente en el sentido de reconocer, por una parte al poder legislativo y por otra al poder ejecutivo, la capacidad de producir normas jurídicas: la Ley, en el caso del primero y la Ordenanza o Reglamento, en el caso del segundo.

Muñoz Machado⁹ pone de relieve como “en las fechas iniciales de la Revolución francesa, cuando se intenta un replanteamiento general de la organización del Estado, el principio de la división de poderes conduce a la interdicción de cualquier sombra de potestad de dictar normas jurídicas en manos del ejecutivo, monopolizándose esta por las Asambleas legislativas...Inicialmente, pues, el poder ejecutivo carece de potestad de

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 249

⁸ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar de la Ley en la Constitución española”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980, página 19 y ss.

⁹ MUÑOZ MACHADO, S.: “Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en Derecho Español”. RAP (77). 1975, páginas 146 y ss

dictar reglamentos, limitando su actividad a la mera ejecución material de lo dispuesto en las leyes”.

Por su parte, García de Enterría¹⁰ explica que la interpretación heterodoxa que del principio de separación de poderes hicieron los revolucionarios franceses y las necesidades prácticas de reconocer potestades de creación normativa en favor del poder ejecutivo, provocaron un rápido olvido de la prohibición y pronto se empezaron a dictar normas reglamentarias por parte del poder ejecutivo.

De esta manera, queda reconocida a la administración una potestad reglamentaria concretada a un objetivo: la ejecución de las leyes. No obstante, la situación se complicaría más tarde, ya que la fórmula abstracta “asegurar la ejecución”, referida a las leyes en general, no a una Ley particular, “...sino al bloque entero de la legalidad, permite ya el Reglamento independiente. La autonomía del ejecutivo lleva, pues, a la idea de un poder reglamentario general inherente al mismo.”¹¹

De cualquier forma, debemos apuntar ya desde este momento que la institución reglamentaria no surge de modo idéntico en todos los países, sino que se pueden enunciar dos modelos claramente diferenciados, consecuencia, ambos, de las distintas circunstancias históricas y sociales dadas en los países sobre los que se proyectan. Los modelos enunciados serían el francés, caracterizado por su tradicional visión jacobina del Estado, y el germánico, con su sistema de legitimación dual del poder.

Pero, pasemos sin más dilación a enunciar algunos de los conceptos que estarán más presentes en este trabajo.

2. Principio de juridicidad y principio de legalidad

Esta somera explicación del nacimiento de la potestad reglamentaria como poder residual dejado al Monarca fruto del resultado histórico de las tensiones entre las Asambleas representativas y el poder regio, si bien resulta adecuada como reflexión inicial en el contexto de un trabajo extenso y general como es la elaboración de un Manual o Tratado sobre el Derecho Administrativo, se revela notoriamente insuficiente para poder comprender las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el Estado de Derecho surgido

¹⁰ Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: “Revolución francesa y Administración contemporánea”. Editorial Taurus. 1ª Edición. Madrid 1972.

¹¹ Ibidem...., pág. 55.

como consecuencia de los postulados defendidos por la ideología liberal triunfante tras la Revolución francesa. Para llegar a comprender ese tipo de relaciones es necesario analizar otros conceptos muy importantes en la materia a tratar. La presentación de estas instituciones es trascendental realizarla en este momento inicial del trabajo como elemento indispensable a la hora de centrar la investigación.

Afirma Martín Bassols¹² que, “la expresión Estado de Derecho remite 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 Constitución española de 1978 recoge en su articulado la trayectoria histórica sufrida por el Estado de Derecho al afirmar, nada más y nada menos que en su artículo 1 párrafo 1º, que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, en fórmula tomada y alterada desde el punto de vista del orden de los adjetivos, de la Ley Fundamental de Bonn, norma ésta última que quizás sea más acorde con el proceso histórico de formación de cada uno de los adjetivos que componen el concepto.

Pues bien, dentro del Estado democrático de Derecho se consagran desde los primeros momentos ciertas instituciones que van evolucionando a lo largo del tiempo y que en la actualidad no tienen el mismo significado que en los orígenes tenían. Dentro de ellas destacan los principios de juridicidad y legalidad y, como resultado de la confusión entre estos dos términos en su evolución histórica, el principio de supremacía de la Ley y el principio de reserva de Ley.

Todos estos principios surgen de un modo coetáneo como consecuencia de los numerosos intentos de explicación doctrinal del nuevo juego entre las distintas fuentes del Derecho que se estaba produciendo en el siglo pasado. No obstante, el entendimiento y la explicación que los autores dan a los mismos conceptos no es el mismo en los diferentes países debido, primordialmente, a las diferentes tradiciones jurídicas y sociales.

Asimismo, la evolución que sufren cada una de esas instituciones es desigual debido a los distintos conceptos de Ley que los diferentes sistemas normativos tienen.

¹² BASSOLS COMA, M.: “Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución”. RAP (87), 1978, página 135.

2.1. Principio de juridicidad

Es Merkl quien lo formula por primera vez. Lo define como “la conexión necesaria entre Derecho y Administración” porque “cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción”.¹³

Merkl con este concepto no quería conseguir ninguna conquista política. Para él, el principio de juridicidad era “una ley jurídico-teórica, sin excepciones e inviolable” que “no prejuzga la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa”.¹⁴

El principio de juridicidad fue recibido en España gracias a Manuel Ballbé. Sin embargo, cuando se recibe en nuestro país se hace “con el germen de su inequívoca identificación con el principio de legalidad”.¹⁵

Se hace, no obstante, necesario distinguir ambos términos. El principio de juridicidad hace referencia a la vinculación positiva, y no sólo negativa, de la Administración al ordenamiento jurídico. La norma de competencia, sea cual sea el sistema que observemos, siempre está presente y habilita a la Administración para intervenir. Lo que ocurre es que dicha norma de competencia puede no ser respetada por los órganos administrativos, constituyendo una vulneración del principio de juridicidad.

La formulación del principio de juridicidad no es plenamente aceptada por la doctrina y, como consecuencia de ello, muchos autores llegan a explicar las relaciones entre la Ley y el Reglamento apoyándose en otro principio; el principio de legalidad, a pesar de que alguno de esos autores aceptan que lo que ellos entienden como principio de legalidad podría perfectamente ser calificado como principio de juridicidad.

En realidad, la clave para entender toda esta confusión se halla en el hecho de que el principio de juridicidad tal y como lo formula Merkl no es válido para explicar las relaciones entre la Ley y el Reglamento porque si lo aceptásemos así, también los reglamentos podrían, consiguientemente, ser considerados también como integrantes de las normas de competencia que el

¹³ MERKL, A.: “Teoría General del Derecho Administrativo”, traducción española. México 1980, página 212

¹⁴ *Ibidem*, página 213

¹⁵ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”. RAP (125), 1991, página 66.

principio de juridicidad exige, una vez que exista una norma anterior que reconozca la potestad reglamentaria.¹⁶

Por tanto, el concepto acuñado por Merkl como principio de juridicidad no es el más adecuado para explicar ni la situación de relación inicial decimonónica entre Ley y Reglamento ni la relación entre ambas normas actualmente y, por ende, tampoco para efectuar una delimitación de los contornos de la potestad reglamentaria.

Otro de los elementos que ayuda a favorecer toda esta polémica doctrinal es el concepto material y no general de Derecho que se adopta a la hora de explicar las relaciones entre la Ley y la norma reglamentaria. Como señala a este respecto Rebollo Puig,¹⁷ en el Estado de Derecho “es fundamental cierta referencia de la norma general sobre la determinación de lo jurídico para cada caso concreto y en el que de aquella norma, del Derecho objetivo, han de derivar derechos subjetivos, concretamente de los ciudadanos frente al poder”.

De esta manera, si insertamos el principio de juridicidad en el contexto sobre el que se proyecta históricamente el Estado de Derecho, sí que podemos avanzar algo más en la explicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento por esta vía.

En cualquier caso, es generalizado el uso del principio de legalidad para la explicación de las relaciones entre las dos fuentes normativas de creación de Derecho más importantes que existen en el Estado moderno. Entre nosotros es García de Enterría, una vez más, el que con mayor perfección ha desarrollado esta institución. Pasemos a continuación a hablar de ella.

2.2. Principio de legalidad

Si definíamos anteriormente el principio de juridicidad siguiendo a Merkl, como la conexión necesaria entre Derecho y Administración, podemos definir ahora el principio de legalidad, siguiendo a García de Enterría, como la técnica que consiste “...en la forma de...cobertura legal de toda la actuación administrativa”. Para García de Enterría, “...sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura previa su actuación es legítima.”¹⁸

¹⁶ Véase a este respecto J. TORNOS MAS: “La relación entre la ley y el reglamento: reserva de ley y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la Jurisprudencia Constitucional”. RAP (100-102), 1983.

¹⁷ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad...” op., cit., página 69-70.

¹⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso de Derecho Administrativo”. Primera edición. Editorial Civitas. 2ª Edición. Madrid 1977, página 256.

El principio de legalidad, en definitiva, no es otra cosa que el resultado final de ese “proceso a través del cual se va conformando históricamente el sometimiento de la Administración a la Ley, primero como exclusión de ciertas materias de la regulación por el Monarca y después como exigencia de una habilitación legal para el reconocimiento de una potestad administrativa”.¹⁹

La expansión sufrida por el principio de legalidad culmina con la implantación, aceptada de manera general en los países de Derecho público continental, de la vinculación positiva de la Administración a la Ley. De este modo, “...la Ley deja de ser el límite para convertirse en fundamento de la actuación de la Administración”.²⁰

Como puede observarse, la confusión entre principio de juridicidad y principio de legalidad es bastante comprensible que se produzca al aludir ambos términos a una premisa común, esto es, la vinculación que tiene que tener la Administración para poder llevar a cabo sus actuaciones concretas. Lo que ocurre es que el principio de juridicidad es mucho más amplio que el de legalidad, pues al primero le basta con que la habilitación para que la Administración actúe se contenga en cualquier norma y el segundo, el principio de legalidad, exige que la habilitación concreta se contenga en una determinada norma jurídica dictada respetando una serie de formalidades y emanada por un órgano concreto y determinado, el Parlamento, legítimo representante del pueblo, que lo elige directamente, de una manera no muy democrática todavía en aquel tiempo, por cierto, pero que servía muy bien los intereses de la burguesía emergente, que era el estrato social triunfador de la batalla revolucionaria y era el estamento con mayor representación en las Asambleas legislativas.

En este sentido, el principio de legalidad es más coherente con la filosofía que da origen al Derecho administrativo moderno que surge tras la Revolución francesa, ya que limita de una manera extraordinaria la posibilidad de que la Administración-Poder ejecutivo cree sus propias normas.

Sin querer entrar en este momento en la polémica acerca de los ámbitos sobre los que puede actuar o ejercitarse la potestad reglamentaria, cuestión que será tratada en profundidad en la segunda parte de nuestro trabajo, sí diremos ahora que ayuda en gran medida a la confusión entre principio de

¹⁹ TORNOS MAS, J.: “La relación...” op. cit., página 473.

²⁰ *Ibidem*...

legalidad y principio de juridicidad el hecho de que esa situación idílica de vinculación positiva de toda la actuación administrativa a la Ley surgida como un ideal de la revolución liberal y como eje esencial que favoreciese la concepción doctrinal de Locke y Montesquieu acerca de la separación de poderes se mantiene por poco tiempo.

En efecto, al darse cuenta los revolucionarios de que resulta imprescindible reconocer al poder ejecutivo una capacidad para el dictado de ciertas normas y que, por tanto, es imposible aplicar estrictamente el principio de legalidad, se hace depender el dictado de las mismas a las directrices marcadas en primera instancia por la norma legal. Fundamentalmente, la causa de este reconocimiento de la posibilidad de crear Derecho, si bien que subordinado a las normas emanadas por el poder legislativo, se halla en el hecho de que los burgueses vieron claramente que necesitaban potenciar el aparato burocrático-administrativo del Estado para que sirviese de una forma más efectiva sus intereses.

Se produce así una ruptura temprana del principio de separación de poderes diseñado por los ideólogos liberales.

Asimismo, se produce una contaminación del principio de legalidad, que pasa a ser entendido como el sometimiento de toda la actuación administrativa a una regla general y abstracta que se haya dictado previamente. Dicha regla no está referida tan sólo a la Ley, pues se le ha reconocido ya potestad normativa también a la propia Administración, por lo que la norma habilitante puede ser dictada por ella misma. Pero, ¿no es eso el principio de juridicidad tal y como lo hemos planteado anteriormente?

Para tratar de resolver tal confusión se hace necesario acudir a otros conceptos y principios filosóficos e históricos que se dan en países de distintas tradiciones jurídicas, donde se concibe de una manera diferente el principio de legalidad, el cual se asienta como uno de los tres pilares del mismo, juntamente con la separación de poderes, y con el reconocimiento de derechos individuales a los ciudadanos.

Surgen así, dentro de todo este confusionismo doctrinal conceptos como el principio de primacía de la Ley o la técnica de la reserva de Ley, tomadas ambas del derecho y la tradición alemana, sin que las importaciones que en otros ordenamientos se hacen de dichos principios aclaren la situación, sino más bien todo lo contrario.

Con la aparición de estos principios tomados del Derecho alemán y la aludida importación que otros sistemas normativos hacen de los mismos por la insuficiencia que existía en el intento de explicar las nuevas relaciones entre la Ley y esa potestad de creación de normas que se reconoce al poder ejecutivo, se abandona definitivamente el intento de aplicación estricta del principio de legalidad por el que se abogó tras la Revolución francesa en Francia y en los países de su influencia. La Ley pasa de ser la única norma atributiva de competencias para la Administración a ser simplemente la norma superior. En eso es precisamente en lo que consiste la primacía de la Ley, en la defensa de dicha norma como superior a aquellas que son dictadas por la Administración.

Este principio de primacía de la Ley se complementa con el de reserva de Ley. La reserva de Ley es una técnica "...a través de la cual se limita el ámbito de la potestad reglamentaria"²¹

Desde una perspectiva histórica, la reserva de Ley formulada por primera vez por Otto Mayer, cumple una doble finalidad: "...por una parte la protección del ciudadano frente al Monarca y, por otra, limitar el poder de los príncipes"²².

Tiene que quedar absolutamente claro que, tanto el principio de primacía de la Ley como el principio de reserva de Ley nacen como consecuencia de la pérdida de poder sufrida por el originario principio de legalidad como presupuesto de limitación de la capacidad normativa de la Administración. Al ser imposible no aceptar ésta por los motivos comentados, se intenta poner coto a la misma a través de la afirmación de la superioridad de la norma legal y a través de la prohibición de regular determinadas materias a la Administración o supeditar dicha normación a la Ley en otras materias, no reservadas inicialmente a la Ley pero que, de hecho, pasa a regularlas la citada norma como intento de racionalizar el poder y de evitar las arbitrariedades.

Ambos principios deben, por lo tanto, ser tenidos en cuenta a la hora de explicar las actuales relaciones entre la Ley y el Reglamento. En este sentido, si bien el principio de primacía de la Ley es comúnmente aceptado como límite a la potestad reglamentaria, mayores problemas plantea el principio de reserva, ya que incide directamente en lo que ha constituido la mayor preocupación del Derecho público occidental en los últimos dos

²¹ TORNOS MAS, J.: "La relación..." op. cit., página 474.

²² GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de Ley y Potestad reglamentaria". Editorial Ariel. Barcelona 1987, página 67.

siglos; el deslinde normativo entre poder legislativo y poder ejecutivo como elemento para la fijación definitiva de la doctrina de la separación de poderes.

Para la realización de ese deslinde normativo tropezamos con innumerables dificultades y se hace preciso acudir a la Historia para comprender el origen y la evolución de los distintos conceptos en los diferentes países donde se formulan.

Con esa finalidad empezaremos por analizar la aportación que el Derecho alemán hace en esta materia para, posteriormente, analizar la tradición y el sistema francés y estar así en condiciones de centrarnos en el Derecho español, el cual, si bien es cierto que comparte de una manera más homogénea los postulados del Derecho francés, también toma e importa conceptos y explicaciones jurídico-teóricas del Derecho germano e, incluso, en algunas épocas se ve influido por el sistema anglosajón de concepción de la Ley.

3. Conclusiones

1. El surgimiento de la potestad reglamentaria contemporánea se encuentra en el mantenimiento de las potestades normativas de las que el poder ejecutivo nunca se vio desposeído tras la Revolución francesa.
2. Inicialmente el poder ejecutivo carece de potestad para dictar reglamentos, limitando su actividad a la mera ejecución material de lo dispuesto en las leyes. No obstante, la situación no tardaría en cambiar, ya que la fórmula abstracta “asegurar la ejecución”, referida a las leyes en general, no a una Ley particular, sino al bloque entero de la legalidad, hace que cada vez se deslignen más de las leyes los reglamentos que dicta la Administración, a la cual, poco a poco, se le considera investida de un poder reglamentario general.
3. Existen tres modelos iniciales claramente diferenciados de concepción de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el Derecho público moderno: el modelo anglosajón de superioridad absoluta de la Ley sobre todo el ordenamiento, sin que se reconozca ninguna capacidad normativa en favor de la Administración, la cual está sometida plenamente, como el resto de los poderes públicos, a la Ley. El modelo francés, inspirado en la tradición jacobina, y que propugna la superioridad de la Ley sobre todo el ordenamiento, con la posibilidad reconocida en favor del poder ejecutivo de dictar normas en desarrollo de las emanadas del poder legislativo. Por

último, el modelo alemán, en el que coexiste un reparto de funciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, puesto que en base al principio monárquico proveniente del Antiguo Régimen, existe una legitimidad dual de ambos poderes, por lo que la Ley sólo tiene preferencia en la regulación de algunas materias como formula garantista de asegurar los derechos de los ciudadanos, quedando en manos del poder ejecutivo ámbitos que se consideran internos del propio Estado y en los que la Ley nada tiene que proteger porque no afectan en modo alguno a los derechos ciudadanos.

4. Principio de legalidad y principio de juridicidad son instituciones básicas que la doctrina decimonónica y actual ha utilizado como fórmula de explicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento.

LA APORTACIÓN ALEMANA A LA EXPLICACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

1. Introducción: Justificación de la necesidad de estudiar el Derecho alemán.

Tanto por motivos ideológico doctrinales, por la influencia que la doctrina alemana ha tenido siempre en nuestros estudiosos del Derecho Administrativo, como por motivos prácticos, por el continuo ejercicio de nuestros juristas más prestigiosos de echar una mirada a ese país y a sus instituciones y soluciones jurídicas, es necesario acudir a ese sistema normativo como intento de clarificar la fórmula establecida en el siglo pasado por el Derecho alemán como manera de regular las relaciones entre la Ley y la norma reglamentaria, ya que las soluciones allí adoptadas influyen en aspectos concretos de la materia tratada en nuestro sistema jurídico.

2. Concepto de Ley en Alemania

El país germano se encuadra claramente inclinado en el siglo XIX hacia aquellos sistemas que abogan por el fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Allí, el concepto que de la Ley se tiene es diferente e impregna, como en el resto de los ordenamientos jurídicos, todo el espectro normativo. El sistema alemán de Derecho público está estructurado, en sus orígenes, sobre una legitimidad dual: “un poder legítimo que gobierna; una comunidad cuya representación legítima limita o condiciona”.²³

Son las “Monarquías limitadas” germánicas las que transmiten esos caracteres al sistema de Derecho público moderno alemán, con sus estructuras de poder dominadas por el principio monárquico. Conforme a este principio, “la Corona, autónoma en su legitimidad, preexiste como principio agente a cualquier habilitación legal y, en consecuencia, es posible reivindicar para ella un ámbito propio y primario de competencias derivadas no ya de la Ley, sino, antes bien, de su inmediación soberana con la función de gobernar. La Dieta o Parlamento se inserta, en cambio, en el esquema como un posterior, es decir, como un límite o frontera colocado a la acción de la Corona en aquellas materias taxativamente identificadas por su alta trascendencia para los ciudadanos”.²⁴

Sobre esas materias trascendentales se garantiza que sea la opinión del Parlamento la que prevalezca, conforme a una concepción ideológica

²³ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 27.

²⁴ Ibidem...

burguesa de las relaciones entre Ley y Reglamento tomada de Locke. Las materias que quedaban especialmente protegidas mediante esa técnica eran todas las que afectaban, en mayor o menor medida, a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos.

Esta situación, alejada de la aplicación estricta del principio de legalidad surgido de la Revolución francesa, es el fruto de un compromiso político entre Burguesía y Monarquía, compromiso que no tiene la misma intensidad en todos los Estados alemanes.

En el fondo, lo que refleja toda esta polémica teórico-político-jurídica es la desconfianza mutua entre ambos poderes, Burguesía y Sociedad por una parte, y Rey y grupos estamentales tradicionales por la otra, como pone de manifiesto Gallego Anabitarte.²⁵

Por tanto, como vemos, en Alemania el principio monárquico desplaza al principio parlamentario en su formulación apriorística francesa. Así, “Alemania ocupa una situación peculiar a mitad de camino entre el modelo anglosajón y el continental europeo”.²⁶

Así las cosas, como resultado de esa concepción material de la Ley como norma garantizadora de derechos en ámbitos determinados de gran trascendencia social y de la aplicación limitada del principio de legalidad en el país germano, no es extraño, sino lógico, que apareciesen instituciones y conceptos que tratasen de explicar el sistema desde un punto de vista teórico. Surgen conceptos como el de primacía de la Ley o el de reserva de Ley, tan trascendental en la materia y sobre el que tanto se ha escrito desde su formulación definitiva por Otto Mayer en el siglo pasado. Los dos conceptos aludidos surgen como intento de sometimiento de la capacidad normativa de los Monarcas en las materias relevantes, donde lo que está en juego es la protección de los derechos de los ciudadanos, referidos inicialmente de una manera genérica a la libertad y la propiedad.

3. El principio de la primacía de la Ley

Este principio nace en Alemania como consecuencia de la legitimidad dual que regía en la Alemania de la época y que traía como causa el principio monárquico. En efecto, al existir ciertos ámbitos en los que el Monarca puede intervenir sin necesidad de que la Ley le habilite para ello, se hace

²⁵ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental”. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1971, página 358.

²⁶ *Ibidem*, página 360.

necesario establecer una jerarquía en aquellas otras materias en las que el propio ordenamiento contempla la posibilidad de la concurrencia normativa de ambos poderes, el Parlamento y el Monarca.

Pues bien, sobre esas materias el poder ejecutivo, Monarca, deberá forzosamente estar supeditado a la Ley, sin que sea posible conceder una discrecionalidad absoluta al Monarca en el tratamiento de las mismas, sino que, en esos ámbitos, el poder ejecutivo debe atenerse a lo que establezca la Ley *prima facie*. La Ley se configura como la única norma jurídica con capacidad para reconocer derechos e imponer obligaciones.

4. El principio de reserva de Ley

El principio de reserva de Ley tiene precedentes en el régimen medieval de asambleas. Sin embargo, es en el siglo XIX donde cobra mayor vigor al plantearse en términos totalmente distintos debido a la existencia de dos fuentes del Derecho escrito dentro del propio Estado; la Ley, producto de las Asambleas, y el Reglamento, proveniente de las potestades normativas dejadas en manos del Monarca.

Es Otto Mayer el jurista considerado como el padre del principio de reserva de Ley, al menos en su formulación definitiva, ya que, con anterioridad a la acuñación definitiva del concepto por el citado autor, la doctrina alemana lo venía manejando desde tiempo atrás, concretamente desde que se integrase en las primeras constituciones germanas, en las que ya se regulaba con precisión la preferencia de la Ley para la regulación de la propiedad y la libertad. Por lo tanto, lo que hace Otto Mayer es consagrar doctrinalmente, de una manera definitiva a través de esta institución, la protección por la Ley de la cláusula libertad-propiedad desarrollada en Alemania durante todo el siglo XIX.

Otto Mayer pretendió que dicha cláusula supliese la ausencia de declaraciones de derechos que se daba en las constituciones alemanas, las cuales discrepaban bastante en este punto de las constituciones francesas que tanto habían influido en Mayer.

De ese modo, desde la concepción de Mayer, la reserva de Ley viene a sustituir la falta de una declaración constitucional de derechos a través de la cláusula libertad-propiedad, que obliga al poder público a utilizar el instrumento de la Ley para intervenir en la vida o en la hacienda de los particulares.

Sin embargo, la reserva de Ley, aparte de esa función garantizadora para los ciudadanos, tiene otro importante objetivo, cual es el de servir a la distribución de competencias entre el poder ejecutivo y el legislativo, el de actuar como freno de la discrecionalidad del Monarca.

Por consiguiente, debe quedar claro que los objetivos iniciales con los que nace la institución de la reserva de Ley son dos: primero y principalmente, garantizar que en las cuestiones referidas a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos serán los representantes de éstos, elegidos bastante poco democráticamente todavía en esa época, por cierto, los que tengan la primacía en la regulación de las cuestiones que afecten al reconocimiento de derechos o a la imposición de deberes por parte de los poderes públicos (función garantizadora) y, segundo y complementariamente, servir como instrumento de desludamiento de potestades entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, ya que en las materias reservadas a la Ley la intervención del ejecutivo está claramente subordinada a la normación previa elaborada por el legislativo.

La reserva de Ley nace en Alemania con unos presupuestos jurídicos, ideológicos y filosóficos muy concretos. Es por ello, que la evolución de los acontecimientos en aquel país, las experiencias acumuladas a lo largo de estos casi dos siglos, han hecho variar la institución y todos sus elementos hasta el punto de que el entendimiento que se tiene de ella hoy es sustancialmente diferente al de su originaria concepción, debido fundamentalmente, a lo que Garrorena ha denominado “espectacular cruce de doble signo”²⁷, como definición de los cambios habidos con el devenir del tiempo entre el sistema monista francés y el sistema dualista alemán, cambios motivados por diversos factores, entre los que podemos citar ahora la evolución de los acontecimientos históricos vividos en ambos países en este último siglo, el cambio producido en Alemania, constituida hoy en una República dominada por el principio democrático y no por el principio monárquico y los cambios sustanciales también en los fines que persigue el Estado actualmente.

En cualquier caso, se hace necesario analizar en este capítulo los elementos de la reserva de Ley alemana en su formulación clásica para poder comprender cuáles son los cambios y la evolución posterior que le lleva a poseer un perfil bastante distinto en la actualidad, cuestión que será tratada en la segunda parte de nuestro trabajo en el apartado correspondiente al análisis de los puntos de llegada del Derecho comparado actual y la

²⁷ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 32.

influencia que el mismo ejerce en cuanto a la ordenación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el momento de la aprobación de la Constitución española de 1978.

5. Los elementos de la reserva de Ley en su formulación clásica

En la originaria concepción de la reserva de Ley influyen algunos factores o elementos que configuran la institución con unos perfiles bien definidos.²⁸

5.1. El concepto de Ley

En el ordenamiento jurídico en el que surge la institución de la reserva, el liberalismo, tiene una enorme importancia el significado que a la Ley se le da, porque de ese significado es claramente deudora la institución que analizamos ahora.

Es clásica y conocida la polémica doctrina del doble concepto de Ley, formal y material, surgida precisamente, o, mejor dicho lógicamente, en Alemania en torno a la Ley de Presupuestos y cuyo mayor propulsor fue Laband, aunque no su único defensor. También Jellinek aceptaba esa doble concepción de la Ley. A ella se oponían entre otros Gierke.

Pues bien, en la genuina configuración de la institución de la reserva de Ley se proponía la adopción del concepto material de Ley. Ello es lógico si se piensa que la finalidad última de la reserva es acotar un determinado número de materias que quedan, de esta manera, inmediatamente excluidas de la posibilidad de ser reguladas, al menos inicialmente, por cualquier otra norma jurídica que no sea una Ley.

Por consiguiente, como señala Baño León,²⁹ “para que pueda considerarse que el legislador tiene asignado un ámbito exclusivo es necesario que podamos acotar un concepto material de ley”. Y sigue afirmando el citado autor, “...es una construcción lógica que encaja en el resto del mecanismo institucional: la ley es la única norma jurídica, aquella que puede constituir derechos e imponer obligaciones...La ley es la única norma originaria. El resto de las normas...o bien reciben su fuerza de obligar de la ley o afectan sólo al ámbito interno del Estado”. Esta última afirmación, tan correcta

²⁸ Es especialmente interesante en esta cuestión el análisis efectuado por BAÑO LEÓN en su trabajo “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamentos independientes en la Constitución española de 1978”, editorial Civitas, Madrid 1991, acerca de los elementos de la originaria reserva de Ley y la posterior transformación de los mismos.

²⁹ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 45-46.

como importante, es una de las piezas claves para entender la globalidad de la institución jurídica que se comenta e, incluso, la situación social de la época en la que surge dicha institución. Con ello queremos poner de manifiesto la división existente en aquellos momentos en la Prusia decimonónica entre el Estado y la Sociedad, como consecuencia de la mutua desconfianza existente entre la Burguesía de la época que dominaba las Asambleas legislativas y el Monarca, apoyado por las clases dominantes del Antiguo Régimen, que se resistían a perder parcelas de poder en favor de la Burguesía emergente.

De este modo, por lo que a nosotros nos compete analizar en este punto, se producía el siguiente pensamiento doctrinal, aceptado socialmente: existen ciertas materias (concepción material de la Ley) que están excluidas a la regulación del poder ejecutivo por afectar a esferas muy importantes para los ciudadanos como son la libertad y la propiedad y que, por tanto, sólo pueden ser reguladas por Ley, ya que esta es la única norma jurídica capaz de establecer relaciones jurídicas entre el Estado y la Sociedad, es decir, de regular relaciones jurídicas extramuros del ámbito interno del Estado.

De ello se siguen dos consecuencias directas:

1º La limitación de los poderes normativos del poder ejecutivo, cuya capacidad de intervención queda recluida a los ámbitos internos del propio Estado, incapaz de producir Derecho extramuros de las materias propiamente internas del Estado como manera de proteger a los ciudadanos frente a las posibles arbitrariedades del mismo. No olvidemos que, precisamente, esa es la finalidad última de la institución de la reserva de Ley, que se hace necesaria como un instrumento de limitación del secular poder absoluto del Monarca una vez que se hace necesario frenar el poder de intervención del ejecutivo, poder que ni siquiera ha conseguido erradicar la aplicación estricta del principio de legalidad surgido de la Revolución francesa como modo de someter definitivamente el Estado al Derecho.

2º La consideración como normas de carácter no jurídico de las normas de organización. Estas normas pertenecen al ámbito interno del Estado y, por tanto, el Estado tiene una discrecionalidad mucho mayor a la hora de regular estas materias, ya que son cuestiones que no influyen ni afectan a la esfera jurídica de los ciudadanos, no les imponen ninguna obligación ni les reconocen derechos.

5.2. La determinación de las potestades administrativas

Del concepto material de Ley que se adopta para hacer encajar las piezas de la institución y de la diferenciación clara entre esfera interna de relaciones jurídicas del Estado y una esfera externa de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos, se obtiene irremediabilmente como resultado una determinación de los ámbitos de poder y, por consiguiente, de la delimitación de las potestades administrativas. Y esta posición de la Administración y del poder ejecutivo es residual como consecuencia de que se le reconoce a la Ley una exclusividad respecto de determinadas materias.

Señala Baño León que “la definición de la Administración...” se hace “...por sustracción. Administración es lo que no es función legislativa ni jurídica”.³⁰

De esa definición de Administración se sigue, lógicamente, la vinculación negativa de la Administración respecto de la Ley. Es decir, la Administración puede hacer todo lo que no le está taxativamente prohibido por la Ley, porque tiene reconocidos ciertos ámbitos discrecionales de poder e inmunes al control parlamentario.

Esta idea es capital, puesto que representa la concepción que el constitucionalismo alemán decimonónico tiene de la división de poderes.

5.3. Las relaciones especiales de sujeción

Esta teoría de las relaciones generales y especiales de sujeción es otro elemento a tener en cuenta para la comprensión de la institución de la reserva de Ley. Es el propio Otto Mayer el que la formula, y no por casualidad.

Originariamente, la reserva de Ley excluye de su seno las materias comprendidas dentro de las denominadas “relaciones de especial sujeción”, es decir, aquellas situaciones en las que un ciudadano se encuentra en una posición de mayor dependencia con respecto al Estado, bien porque forme parte de su organización (funcionario), bien porque se encuentre en cualquier otra situación de dependencia directa (escolares, reclusos, usuarios de servicios públicos) que le otorgue al Estado la posibilidad de ejercitar

³⁰ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 46-47.

unas potestades mayores sobre ese particular con fundamento en la protección del interés general, de su potestad de autoorganización o del buen mantenimiento o prestación del servicio.

Evidentemente, tal y como la contemplamos desde la perspectiva actual, existen diversos tipos de relaciones de especial sujeción con una gradación diferente desde el punto de vista del ejercicio de potestades por parte del Estado. La relación de especial sujeción será más intensa cuanto mayor sea la dependencia del ciudadano frente al Estado.

Pues bien, la exclusión de las relaciones especiales de sujeción del ámbito reservado a la Ley se justifica por Mayer porque esas son relaciones ad intra del propio Estado, a diferencia de las relaciones generales de poder, que se proyectan sobre relaciones jurídicas en las que los ciudadanos no tienen el deber de soportar el ejercicio de esas prerrogativas exorbitantes por parte del Estado porque la defensa del interés general puede hacerse sin acudir a ese tipo de potestades administrativas. Sobre el ámbito de las relaciones generales de poder existe una esfera de libertad mayor y las limitaciones a la misma sólo pueden ser efectuadas por la Ley en la medida que es la única norma con capacidad para imponer obligaciones a los ciudadanos.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, la Administración no necesita una previa autorización de la Ley para actuar, por lo que puede utilizar los instrumentos propios; reglamentos, instrucciones o circulares para intervenir, ya que se admite que las personas que están inmersas en una de estas relaciones se piensa que, o bien del ejercicio de las potestades que el ordenamiento tiene reconocidas al Estado no se derivan consecuencias para los mismos, como es el supuesto del ejercicio por parte del Estado de la potestad de autoorganización, o bien deben soportar una considerable reducción de su ámbito de libertad en base a los principios anteriormente enunciados (interés público, buen funcionamiento del servicio, etc.)

Estos son los elementos o presupuestos más importantes sobre los que descansaba la reserva de Ley en la Prusia del siglo XIX. Sin adelantar ideas, diremos que la situación actual de la institución de la reserva de Ley es diferente gracias a la evolución que en la propia Alemania actual ha tenido el papel del Estado y de la Sociedad y como se concibe de manera distinta el reparto del poder en la Ley Fundamental de Bonn, despojada, hoy en día, de

muchos de los elementos históricos de la tradición jurídica germana. En este sentido, actualmente sigue cumpliendo los importantes objetivos iniciales por los que surgió. Pero a esos fines se le han añadido en la actualidad muchos otros, por lo que el aumento de los objetivos que la citada institución cumple y, consecuentemente, de las materias a las que está referida es notable.

De todos modos, sigue plenamente vigente hoy la afirmación de que el principio de reserva de Ley como explicación de las relaciones entre Ley y Reglamento o, de modo más general, entre poder legislativo y poder ejecutivo y su reconducción alemana hacia la fórmula “libertad y propiedad tiene una raíz eminentemente histórica derivada de las necesarias intervenciones de los Monarcas en las cuestiones tributarias y un arraigo teórico indudable, en la concepción de la libertad y propiedad en el pensamiento occidental liberal surgido con la revolución francesa. En la doctrina de la reserva de ley, la libertad y la propiedad se presentan directamente...como sustentadoras únicas de toda la construcción”.³¹

De este modo, la exigencia de la intervención del órgano legislativo en la aprobación de las leyes es importante, aunque no se concibe la actuación administrativa bajo una total dependencia respecto de la Ley, porque “...la Administración tiene la posibilidad de actuar fuera de la órbita de la ejecución, fuera de todo derrotero señalado por la ley.”³²

Por ello, en tanto en cuanto se reconoce esa libertad o discrecionalidad administrativa para actuar, se opera una drástica limitación por medio de la reserva de Ley. En palabras del propio O. Mayer “...sólo para ciertos objetos particularmente importante se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley”.³³

Por consiguiente, la reserva de Ley en la concepción original de Mayer parte de la existencia de unos derechos previos de todos los ciudadanos, incluso aunque no se reconozcan en la Constitución. La existencia de esos derechos

³¹ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad...” op., cit., página 84.

³² MAYER, O.: “Derecho Administrativo alemán”. 2ª edición, inalterada. Buenos Aires 1982, página 113.

³³ *Ibidem*..., página 98.

produce el efecto de reservar a la Ley su regulación, sin que sea necesaria una declaración expresa en tal sentido en el texto constitucional.

6. La concreción de la materia objeto de reserva

En los primeros tiempos posteriores a la formulación de la teoría de la reserva de Ley, circulaba un amplio concepto de libertad y propiedad, lo que favorecía la expansión de la institución y, consiguientemente, de las materias en ella comprendidas.

Sin embargo, fue el “status libertatis” formulado por Jellinek el que consagró una concepción unitaria del principio de libertad, coincidente con el diseñado años antes por la Revolución francesa.

Así, se entendía, tal y como se preveía en la declaración de Derechos de 1789, en su artículo 5, que el ciudadano podía hacer todo aquello que no estuviese expresamente prohibido por la Ley.

Rebollo Puig³⁴ lo expresa certeramente con estas palabras: “la combinación de propiedad y libertad, con estos significados dominantes, definían una esfera individual unitaria, un círculo vital de la persona, unas facultades genéricas e inespecíficas de libre desenvolvimiento, y , todo ello, era lo que quedaba íntegramente bajo la reserva de ley”.

Sólo las actuaciones que implicasen restricciones, limitaciones o gravámenes estaban vinculadas por la reserva. En estos ámbitos la Administración no podía intervenir. Sin embargo, si el legislador le atribuía tal potestad, en principio reservada exclusivamente a él, la Administración podía restringir la libertad y la propiedad conforme a lo establecido en la norma legal habilitante. Esto es lo que el propio Mayer definía como “autorizaciones legislativas”.

³⁴ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad...” op., cit., página 87.

7. De la inicial vinculación negativa a la vinculación positiva de la Administración a la Ley

De estas premisas, Starck entiende la reserva de Ley, en su formulación clásica alemana, como una vinculación positiva de la Administración a la Ley en determinadas materias, ya que la Ley, para él “dejaba de ser simplemente un marco para convertirse en fundamento de la Administración”.³⁵

De este modo, la institución que en sus comienzos se concebía como un instrumento para alejar a la Administración de la intervención en las materias objeto de reserva, con el paso del tiempo toma un rumbo no contemplado inicialmente, como consecuencia fundamentalmente de la evolución en la concepción del principio monárquico y de la victoria doctrinal de los autores inspirados en el sistema francés. La Administración puede intervenir en las materias propias de la Ley, y lo puede hacer en la medida en que respete la autorización que la norma legal le otorga. Se vincula positivamente a la Ley. Debe hacer lo que aquella le asigna y no puede, como antes, realizar todo aquello que la Ley no le prohibía. Como vemos este proceso concuerda más con la concepción francesa de la potestad reglamentaria.

Empezamos, así, poco a poco a ver la evolución y el cambio del sistema alemán, hasta llegar a nuestros días, donde asistimos a un espectacular cruce de doble signo, como lo define Garrorena Morales.

Lo importante que debemos resaltar es que la reserva de Ley, andando su evolución, se convierte no sólo en un límite a la potestad reglamentaria sino que afecta, por el contrario, a cualquier actuación material de la Administración. Esto supone que la Administración no puede crear Derecho sin una autorización legal.

³⁵ STARCK, C.: “El concepto de ley en la Constitución alemana”. Traducido por Legaz Lacambra. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1979, página 385. Obsérvese la similitud del pensamiento de Starck con la concepción que García de Enterría tiene de la actividad administrativa y su sometimiento al principio de legalidad, entendido como vinculación positiva de la Administración a la misma, que opera no como borde experto sino como fundamento mismo de su actuación.

8. Las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la reserva de Ley

Para la doctrina clásica alemana, el principio de legalidad suponía la superioridad general de la Ley, concepción igual a la sostenida por los revolucionarios franceses. Sin embargo, para los alemanes la vinculación positiva de la Administración no afectaba a toda la actividad. La labor de la Administración no se limitaba a la ejecución de las leyes sino que, en el sistema germano, el principio de legalidad entendido como vinculación positiva a la Ley sólo rige para determinadas materias, a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés de la época, donde el principio de legalidad se generaliza, quedando la Administración vinculada positivamente en todos los terrenos.

Hoy en día hay autores que no aceptan la reserva de Ley porque piensan que la supremacía de la Ley se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, entienden que la vinculación positiva de la Administración engloba toda la actividad de esta.

9. La clasificación de las normas dictadas por la Administración: las distintas clases de reglamentos

Como consecuencia de la aparición del principio de reserva de Ley y del diferente entendimiento que del principio de legalidad se tenía en el siglo XIX, surgen como apéndices de la institución de la reserva conceptos paralelos que intentan efectuar la cuadratura del círculo en la explicación acerca de la actividad que lleva a cabo la Administración, de cómo se insertan las normas que ella dicta en el ordenamiento jurídico y de cómo se relacionan esas normas con la norma jurídica superior garantizadora de los derechos de los ciudadanos.

Veíamos anteriormente como en Alemania existía una legitimidad dual dimanante del principio monárquico heredero de las Monarquías limitadas germánicas. Conforme a ello, la Corona, decíamos entonces y reiteramos ahora, posee una legitimidad independiente, autónoma, que preexiste a cualquier habilitación legal, por lo que ésta tenía reconocido un ámbito propio y primario de competencias. El Parlamento se inserta en el sistema como un ente posterior que limita la acción del Monarca en aquellas

materias de gran importancia para la Sociedad en las que están en juego los derechos y libertades de los ciudadanos, es decir, su estatus libertatis.

De este modo, se distinguen en Alemania ya inicialmente dos campos bien diferenciados de actuación administrativa. El primero es un campo sobre el que la Administración puede actuar con gran margen de discrecionalidad porque se proyecta, o bien porque son materias que no tienen una gran trascendencia para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, ya que sólo afectan al Estado (son, fundamentalmente, las materias organizativas), o bien porque los ciudadanos tienen el deber jurídico de soportar una restricción de sus derechos en base a algún título (son las materias que se proyectan sobre los ámbitos denominados como relaciones de especial sujeción o relaciones de supremacía especial). Estos terrenos serían las materias propiamente administrativas y en ellas la Administración sólo puede dictar *reglamentos administrativos*, que simplemente producen efectos dentro del propio Estado (*ad intra*).

El segundo campo de la actividad administrativa es un terreno donde la Administración no puede actuar con tanto margen de discrecionalidad, sino que puede dictar en desarrollo de lo previsto en una Ley, es decir, puede intervenir en la medida en que el poder ejecutivo sea llamado a colaborar en la regulación de una materia por diversos motivos. En este tipo de materias, que afectan a las relaciones del Estado con los ciudadanos y que, por tanto inciden claramente en la libertad o propiedad de los ciudadanos, la Administración tiene que seguir fielmente las directrices que le marca la norma legal, sin que sean posibles cláusulas generales de apoderamiento. Son las llamadas relaciones generales de sujeción, relaciones de supremacía general o relaciones *ad extra*, por producir efectos jurídicos fuera de la esfera puramente administrativa. Sobre estas materias la Administración dicta verdaderas normas jurídicas, crea Derecho; dicta verdaderos *reglamentos jurídicos*. “Es aquí donde el Reglamento aparece bajo su perfil tradicional como norma que desarrolla o ejecuta una ley”.³⁶

Pero si esta distinción se formuló y se potenció desde el propio Derecho alemán, llegando a ser aceptada por nuestra Doctrina del siglo pasado, son muchas las voces que se alzan hoy en contra de dicha distinción. Como botón de muestra de ese repudio podemos citar a García de Enterría-T. R.

³⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso de derecho Administrativo”. 7ª edición. Madrid 1995, página 197.

Fernández Rodríguez. “La terminología utilizada para designar a unos y otros es...equivoca y, aunque expresiva de las diferencias que separan a ambos tipos de Reglamentos, no puede ser utilizada sin advertir que también los reglamentos administrativos son normas jurídicas” porque “la organización no es algo ajeno al Derecho, sino, justamente, el origen mismo de lo jurídico”.³⁷

10. Clases de reglamentos: ejecutivos, independientes y de necesidad

La clasificación de normas reglamentarias que más éxito ha tenido entre nosotros fue la formulada por Lorenz Von Stein en el siglo pasado.

Dicha clasificación sigue un esquema “...semejante al que suele utilizarse en relación a la costumbre: secundum legem (ejecutivo), praeter legem (independiente) y contra legem (de necesidad).³⁸

¿ Por qué tienen que acudir los autores de la época a la creación de estos conceptos y a la diferenciación entre un Reglamento y otro, haciendo necesario el establecimiento de una clasificación de los mismos?

Gallego Anabitarte³⁹ responde a esta cuestión de una manera clara y acertada al señalar las circunstancias que se dan en Alemania de limitación del campo normativo que puede ser regulado por la Ley. La Ley sólo tiene preeminencia para regular ámbitos como la libertad y la propiedad, que son sus materias reservadas y vedadas al poder ejecutivo. Sin embargo, posteriormente se reconoce al ejecutivo la capacidad para completar la regulación hecha por el legislativo en los ámbitos de las materias reservadas de acuerdo a los dictados de la Ley habilitante, tal y como hemos visto. En el resto de materias, las que no tienen reservadas su regulación por Ley, el Monarca posee libertad de regular. Esa situación de legitimidad dual, de reconocimiento de poderes normativos diferenciados da lugar a que se haga necesaria la aparición de conceptos diferentes a los defendidos por otros sistemas en los que el poder ejecutivo no tiene un ámbito de materias sobre el que pueda intervenir con total libertad, sino que su potestad de

³⁷ Curso...op., cit., página 196.

³⁸ *Ibidem*..., página 197.

³⁹ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento...” op., cit., página 135.

intervención es claramente secundaria respecto a la primaria que tiene el poder legislativo y que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

De este modo, tiene que acudir a conceptos nuevos para denominar o identificar las diferentes normas que dicta la Administración dependiendo de los ámbitos en los que actúe.

Surgen así distinciones como la que hemos comentado anteriormente entre Reglamento administrativo y Reglamento jurídico, según los efectos que produzcan los mismos o la distinción propugnada por Stein entre reglamentos ejecutivos, independientes o de necesidad, dependiendo de la relación que se establezca entre la norma reglamentaria y la Ley.

La clasificación de Von Stein no es casual. El citado autor escribe “...en el cenit del principio monárquico, a cuyo servicio él trabaja y cuya sublimación intenta”.⁴⁰

La clasificación de Von Stein caló pronto en la doctrina española y es, todavía hoy, a pesar de sus insuficiencias, utilizada por parte de nuestra doctrina para explicar las relaciones de las normas reglamentarias con la Ley.⁴¹

10.1. Reglamento ejecutivo

De momento, bastará con definir el Reglamento ejecutivo en la concepción de Stein, como aquella norma emanada de la Administración con la finalidad de completar o ejecutar los principios o líneas directrices enunciadas en una Ley.

⁴⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...op.*, cit., página 197-198.

⁴¹ 1ª Es evidente que la situación que se daba en la Prusia de la época no es la situación que tenemos en el momento actual, donde la justificación no se apoya en la concepción dual del Estado.

2ª También apunta sus reticencias acerca de la importación española de la clasificación de Stein, quien afirma que la recepción de ciertas categorías alemanas por otros sistemas es poco útil, poniendo como ejemplo el caso paradigmático de la recepción en España de la clasificación de los reglamentos de Lorenz Von Stein, en un ordenamiento jurídico como el español, con una tradición histórica, filosófica e institucional completamente diferente.

Los reglamentos ejecutivos necesitan, por tanto, de una Ley que los habilite para completar la regulación de una determinada materia. Necesitan, por tanto, de una remisión normativa.

Los ejecutivos son los reglamentos que cumplen de una manera más fiel con el principio de legalidad clásico francés, pues están completamente supeditados a la norma legal, sin que puedan innovar la regulación efectuada por la Ley en una determinada materia más que en aspectos secundarios o adjetivos. Por este motivo, son los que, en teoría, menos problemas deben plantear a la doctrina, al estar, en principio, perfectamente claras las relaciones de fondo existentes entre una y otra norma.

10.2. Reglamento independiente

Si decíamos que los reglamentos ejecutivos son los que menos problemas deben plantear, los reglamentos independientes se encuentran en las antípodas de aquel pensamiento, siendo los de más difícil aceptación entre la doctrina y los que más complicado fundamento o explicación tienen.

Podemos definir los reglamentos independientes como aquellos que regulan una materia sin apoyo en Ley alguna, es decir, sin que se les haya otorgado ninguna habilitación legal previa alguna.

10.3. Reglamento de necesidad

Son aquellos que la administración dicta como consecuencia de una situación de emergencia.

Para que se cumpla la finalidad a la que sirven es imprescindible que concurra el supuesto de hecho que justifica y da fundamento a su nacimiento, cual es la existencia de cualquier circunstancia excepcional que ponga en peligro la salud de los ciudadanos, la integridad del territorio o cualquier otro valor jurídico o social de la importancia de los dos enunciados.

La atribución a la Administración de la potestad de dictar este tipo de reglamentos ha sido comúnmente aceptada en la mayor parte de los ordenamientos, ya sea expresa o tácitamente, basándose en la obligación que tiene la Administración de actuar en favor de los intereses generales, por lo que tampoco han dado mayores inconvenientes. Además, sus efectos están notablemente limitados por la temporalidad de su vigencia, ya que quedan derogados una vez restablecida la normalidad sin que, ni siquiera, sea preciso un procedimiento formal de derogación para que dejen de producir efectos.

11. Conclusiones

1. La contribución fundamental de la doctrina alemana a la explicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento es la formulación de la reserva de Ley.
2. La evolución histórica de la institución de la reserva de Ley ha supuesto una radical transformación de la misma, pasando a tener actualmente un significado bien distinto del originario.
3. Bajo el influjo de las construcciones teóricas alemanas se dota a la doctrina de la separación de poderes, base de la distribución del poder normativo en el Estado Occidental, de un enfoque dirigido a la búsqueda y fijación de las funciones materiales del Estado. Esto es completamente diferente a lo que ocurre en el Derecho anglosajón, por ejemplo, donde se concibe el principio de separación de poderes de una manera más política.
4. La clave para la comprensión de la institución de la reserva de Ley hay que buscarla en la concepción material de la Ley que tiene la doctrina alemana de la época.⁴²
5. En Alemania se da una situación diferente, tanto con respecto al mundo anglosajón como con respecto al modelo europeo. En Alemania, la supremacía de la Ley se afirma sólo respecto a determinadas materias, “las reservadas a la Ley”, que deben ser reguladas por el legislativo, como manera de garantizar los derechos de los ciudadanos. En el resto de materias, la administración no necesita una habilitación legal para intervenir, puesto que las mismas no afectan a los derechos de los ciudadanos, al pertenecer a la esfera interna del Estado.

⁴² Véase GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento...” op. cit., página 133.

Surgen así conceptos como primacía de Ley y reserva de Ley, a diferencia del sistema francés, donde la Administración necesita una habilitación para actuar en cualquier tipo de materias al no existir materias, de por sí, reservadas a la Ley, produciéndose una vinculación positiva a la Ley, vinculación que cada vez va a ir perdiendo más su cometido al extenderse la potestad reglamentaria y entrar a regular materias casi ex novo debido a las amplias facultades permitidas por las leyes de habilitación francesas.

6. También surgen conceptos como reglamentos administrativos en Alemania o reglamentos de administración pública en Francia, reglamentos jurídicos, reglamentos independientes, reglamentos ejecutivos, etc. como consecuencia de que la Administración puede actuar de distintas maneras en el ordenamiento jurídico dependiendo de las materias que pretenda ordenar, habilitada en las materias reservadas y con mayor discrecionalidad en las materias no reservadas.

LA APORTACIÓN DEL DERECHO FRANCÉS A LA EXPLICACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO.

1. Introducción: Justificación de la necesidad del examen del Derecho francés.

Dice Santamaría Pastor⁴³ que “...la evolución...” de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Francia “...ofrece caracteres muy singulares por la espectacular paradoja en que incurre: es, en efecto, el país en que, partiendo de una negación absoluta de la potestad reglamentaria, termina por consagrarla formalmente y por conferirle un extraordinario desarrollo”.

Lo que a nosotros nos interesa en esta parte del trabajo es, al igual que hemos hecho en el caso alemán, detenernos en la inicial relación entre la Ley y el Reglamento en el país vecino en el siglo pasado como modo dinámico de ver la evolución sufrida por la misma hasta llegar al momento presente, donde las relaciones entre la Ley y el Reglamento se contienen en la Constitución de la V República.

El motivo del análisis del Derecho francés tiene una doble justificación desde nuestro punto de vista. En primer lugar, porque es imprescindible volver la vista atrás para contemplar la situación que se daba en Francia tras el triunfo de una Revolución tan “revolucionaria”, que, junto con la Revolución americana, supone la génesis del mundo contemporáneo y de muchas de sus instituciones tal y como hoy las conocemos. Y fue precisamente en este país que nos disponemos a analizar bajo cuyo suelo tuvieron lugar esos profundos cambios, siendo allí donde primero se experimentan e instauran las ideas y principios revolucionarios que, evidentemente, afectaron también y de modo notable al campo jurídico.

En segundo lugar, porque el resto de países del continente, sin haber soportado físicamente la revuelta revolucionaria, sí que se van a ver sacudidos ideológicamente en mayor o menor medida, importando principios acuñados allí. Este es el caso de España, país que por su proximidad geográfica se vio incluso invadido territorialmente, primero y, como consecuencia de ello, ideológicamente después por las nuevas ideas emergentes, las cuales eran aceptadas de muy buen grado por parte de los intelectuales españoles de la época al haber estado bastante tiempo en

⁴³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 250.

contacto con el ideario francés triunfante, formando parte de un movimiento político y social que acabó con la denominación popular de “afrancesados”.

Pues bien, por estos factores, proximidad de la revuelta y afinidad ideológica de parte de la élite intelectual española con la misma, la influencia del Derecho público francés en nuestro país en general y las soluciones que allí se dieron a las relaciones entre Ley y norma reglamentaria en particular es notable.

García de Enterría también aboga por la necesidad de esa mirada al Derecho galo afirmando que “la situación del Derecho francés nos interesa más especialmente por la mayor homogeneidad de sus principios respecto de los propios del Derecho español...”⁴⁴

De todos modos, aunque España haya copiado casi literalmente muchas cosas de Francia, siempre han existido recelos de parte de la Sociedad española hacia todo lo francés, dándose movimientos centrífugos a favor y en contra, originados en esa especie de amor-odio que ha presidido secularmente las relaciones entre ambos países y que encuentra un buen caldo de cultivo en la convulsa situación política y social de la España del siglo XIX; y que, todavía hoy, a pesar de las buenas relaciones que a nivel institucional mantienen ambos países, no está absolutamente superada socialmente debido a las fáciles y continuas fricciones a las que la relación de vecindad da lugar.

2. El rápido y espectacular cambio de concepción en las relaciones entre la Ley y el Reglamento

Tras la Revolución francesa, la implantación pura de los principios liberales triunfantes imponía la asunción de todos los poderes normativos por el Parlamento. En esa línea fueron dictados los primeros textos de la Revolución francesa, que establecen un sistema caracterizado por la completa desaparición de la potestad reglamentaria, con prohibiciones al ejecutivo para entrar a normar sobre cualquier materia.

Así, el Decreto de la Asamblea Nacional de 1 de octubre y 3 de noviembre de 1789 prohíbe al Rey dictar cualquier tipo de norma, salvo las que tengan por finalidad recordar la aplicación de las leyes. Pero la Constitución de 1793 eliminó esa posibilidad.

⁴⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA: “Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial”. Editorial Tecnos. 2ª Edición. Madrid 1981, página 60.

“Sin embargo, la marcha atrás llega de inmediato: la Constitución del año III volvió a autorizar al Directorio a realizar “proclamations”; y la Constitución bonapartista del año VIII atribuye ya francamente al Gobierno un poder reglamentario para la ejecución de las leyes: en sólo diez años, los principios revolucionarios habían quedado totalmente olvidados”.⁴⁵

Tan sólo diez años bastaron para dismantelar el utópico intento revolucionario liberal de constreñir y erradicar la capacidad normativa del ejecutivo en aras de que toda la creación de Derecho pasase por el Parlamento elegido por los ciudadanos como legítimo representante de la “Soberanía nacional” y por una concepción absolutista del “principio de legalidad”, que suponía la superioridad de la Ley sobre el resto de las normas en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

A los revolucionarios franceses se los hacía muy cuesta arriba la inserción de los reglamentos en el sistema constitucional. Las concepciones heredadas de Montesquieu y Rousseau abonaban el pensamiento de excluir los reglamentos del sistema constitucional, pues la ejecución de la Ley debía ser un acto automático. La Ley, además, debía ser la única norma que pudiera incidir en las relaciones sociales.

Sin embargo, pronto las circunstancias forzaron el cambio de pensamiento. Ni siquiera la reacción liberal posterior, con el intento en el artículo 14 de la Carta de 1814 de constreñir la potestad reglamentaria del Rey, pudo parar el inicio de una progresiva ampliación cuantitativa y cualitativa en el dictado por el poder ejecutivo de normas reglamentarias.

Por lo tanto, desde los primeros tiempos se reconoce en Francia, forzados por las circunstancias, un poder reglamentario para la ejecución y la aplicación de las leyes. La discusión doctrinal se ha centrado más en el fundamento de esa potestad y no en su existencia, como pone de manifiesto Baño León.⁴⁶

Esta polémica acerca del fundamento sobre el que se apoya el reconocimiento de una potestad de dictar normas al poder ejecutivo en un sistema como el francés de legitimidad “monista” del Parlamento y donde la Ley se concibe como “norma primaria universal”, alcanza su máxima tensión con Duguit y Carré de Malberg en la Constitución de la III República.

⁴⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 250.

⁴⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 63.

3. La esencia de la Tradición Jacobina: su concepción de la Ley

Todo el ropaje jurídico que se monta acerca de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Francia gira en torno a los presupuestos ideológicos jacobinos surgidos de la Revolución francesa, aunque, como ha puesto de relieve algún autor, esa concepción jacobina de la Ley convive secularmente en Francia, en una especie de pugna de doble sentido, con la concepción bonapartista de la Ley.

El sistema se construye sobre la base de que el Parlamento es el único que tiene una legitimidad para dictar normas jurídicas que regulen relaciones sociales.

Como consecuencia de lo anterior, las normas que dicta el Parlamento son superiores a las que crean otros órganos o Poderes del Estado que no tienen una legitimidad directa como la del Parlamento. Esa superioridad de la Ley se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. “Sólo si precede una ley aprobada por el Parlamento...pueden surgir potestades para los demás poderes públicos o imposiciones obligatorias o conductas debidas para los ciudadanos”.⁴⁷

La Ley es, en consecuencia, el origen de cualquier regulación. De esta manera, no existe una identificación de la Ley con materias concretas en las que ella tenga una reserva específica, como ocurre en el caso alemán, sino que la Ley es la herramienta que realiza las primeras determinaciones en una materia, sea la zona que sea del ordenamiento.

Las consecuencias de esta concepción de la Ley afectan a otros conceptos jurídicos y políticos, como vimos que ocurría con la concepción material que de la Ley se tenía en Alemania. Estos conceptos jurídicos afectados por la concepción jacobina de la Ley son: el principio de legalidad, la reserva de Ley, la existencia de ciertos ámbitos discrecionales para el ejecutivo, las fronteras entre la Ley y el Reglamento, etcétera.

Por lo que hace referencia al primero de los conceptos enunciados como afectados por la concepción jacobina de la Ley, el principio de legalidad, el mismo, posee un amplio alcance y eficacia: existe una vinculación positiva de los poderes públicos a la Ley. Sólo pueden hacer lo que la Ley prevé.

⁴⁷ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 22.

Toda la actuación de los poderes públicos deben justificarse en una Ley, a diferencia de lo que ocurre con los ciudadanos, quienes se encuentran en una situación de vinculación negativa respecto de la norma legal, que pueden hacer todo aquello que la Ley no les prohíbe.

De igual modo se explica que en este sistema no tenga mucho éxito la institución de la reserva de Ley, ya que la Ley tiene una superioridad universal. Su preeminencia no está referida a ningún ámbito concreto. En este sistema, existe una reserva de Ley total o casi total, siendo pocos los resquicios que le caben al Reglamento.

En consecuencia, el ejecutivo no tiene un ámbito propio de materias donde pueda intervenir con cierta discrecionalidad.

Son posibles los reglamentos independientes, porque la norma reglamentaria, cuando cabe, es entendida como norma dependiente de la Ley, complemento de esta en las materias que la norma legal regula en primera instancia.

En definitiva, la concepción jacobina está basada en el imperio de la Ley y la supremacía del Parlamento, pues sólo él está legitimado para crear Derecho.

4. La evolución del sistema francés

La esencia de la ideología jacobina, pese a su implantación casi literal al inicio de la era liberal, va poco a poco perdiendo fuerza, cediendo terreno en favor de los postulados bonapartistas y acuñándose de este modo, poco a poco, una concepción material de la Ley. Ello motiva el constante repliegue de la concepción jacobina de la Ley durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX.

Bien es cierto que actualmente se asiste a una pujante recuperación del terreno perdido, “hasta el extremo de que para muchos juristas el reencuentro con esta concepción originariamente francesa de la ley, adaptada a las exigencias del tiempo presente, es vivida como una auténtica lucha por el Derecho”.⁴⁸

En el terreno doctrinal, la evolución del pensamiento es también palpable desde los inicios revolucionarios de principios del siglo XIX y el final de la

⁴⁸ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 24.

centuria. En este último período son pocos los tratadistas franceses que defienden un concepto tan puramente jacobino de la Ley como el que antes veíamos. Destaca, por su obra, Carré de Malberg⁴⁹, el autor que, prácticamente en solitario, mantuvo esta concepción escrupulosamente purista de la primacía de la Ley en todos los terrenos.

También eran partidarios de esta teoría autores tan importantes como Kelsen o Merkl. Zanobini en Italia o Ballbé y García de Enterría en España son otros de los autores que han luchado en favor de la causa de eliminar toda inmunidad del poder y han defendido una idea de legalidad que se identifica en gran medida, adaptada a las circunstancias de cada momento, con los postulados iniciales surgidos de la Revolución francesa.

Después de la segunda guerra mundial y, como resultado de la experiencia del poco respeto por la Ley que tuvieron los ejecutivos que representaban a los países del Eje, la corriente de pensamiento da un nuevo giro y se vuelve en esos países a optar por un fortalecimiento de sus legislativos como modo de reacción frente a los abusos y arbitrariedades de las que hicieron uso sus ejecutivos, adoptando en sus Constituciones la concepción tradicional francesa de la Ley. Así, podemos enumerar la Constitución japonesa de 1946 (artículos 41 y 73, 1º y 6º), la Constitución italiana de 1948 o la alemana (Ley Fundamental de Bonn; artículos 20, 3º y 80, 1º)

Sin embargo, el punto actual de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en los diferentes sistemas constitucionales de los países a los que estamos haciendo referencia lo analizaremos en la segunda parte de nuestro trabajo.

Tan sólo añadiremos ahora, siguiendo a Garrorena Morales,⁵⁰ que “la actual Constitución española, elaborada igualmente a la salida de un régimen autoritario, parece añadirse, como un eslabón tardío, a esta cadena”.

5. El momento de mayor intensidad y riqueza en la discusión doctrinal acerca de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Francia: la polémica entre Duguit y Carré de Malberg con la Constitución de la III República de fondo

El debate doctrinal que se genera entre ambos autores tiene como punto clave el concepto de Ley que defiende cada uno.

⁴⁹ Sus obras más sobresalientes son: “Contribution a la Théorie générale de l'état”, Editorial Recueil Sirey París 1922 y “La loi, expression de la volonté générale”, reeditada por la editorial Economica, París 1984.

⁵⁰ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 26.

Duguit defiende un concepto material de Ley en cuanto esta es una regla general y abstracta. Los reglamentos desde un punto de vista material también tienen el carácter de leyes, por lo que la diferencia entre Ley y Reglamento no radica en su contenido sino en su forma.

Para Carré de Malberg, sin embargo, la Ley tiene el carácter de norma soberana. La diferencia entre Ley y Reglamento no es formal sino material, ya que el Reglamento no es una norma soberana como lo es la Ley. Los reglamentos simplemente son actos administrativos que reciben de la Ley la autorización o habilitación necesaria para ser dictados.

Como señala Baño León,⁵¹ “la contienda dialéctica entre Duguit y Carré de Malberg, bien puede decirse que se saldaría con unas airoas tablas; en cierta forma, ambos autores tenían razón, cada uno desde su peculiar perspectiva. Duguit tiene el mérito de poner de manifiesto los límites materiales y formales del poder legislativo...Carré de Malberg es fiel a la concepción de la ley que en su opinión imponía la Constitución de 1875. La ley, expresión de la voluntad general, sólo puede ser dictada por las Cámaras”.

No es posible admitir, según Duguit, que la Ley pueda autorizar al Reglamento a intervenir en todas las materias. Para él, existen ciertas materias que deben ser intervenidas por el legislador porque así lo dicta la tradición republicana. Estas materias vienen a coincidir con las que el Derecho alemán englobaba en la cláusula de libertad y propiedad, es decir, todas aquellas que inciden de una manera u otra en los derechos de los ciudadanos.

No es casualidad que Duguit tenga ese pensamiento, ya que su concepción de la Ley es una concepción material sino idéntica, si coincidente en algunos puntos con el estilo alemán del siglo pasado, basado en la legitimidad dual del sistema heredado del principio monárquico consolidado en las tradicionales monarquías absolutas germánicas (legitimidad del ejecutivo y del poder legislativo).

De esta concepción de la Ley que tiene Duguit, se extrae la consecuencia de que, en su pensamiento, es perfectamente posible la institución de la reserva de Ley, porque, en realidad, la Ley tiene constitucionalmente reservados determinados ámbitos.

⁵¹ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 64 y 66.

Como complemento a esa limitación material de la superioridad de la Ley que hace Duguit, se añade una limitación adicional de carácter formal en el sentido de que los reglamentos que se proyectan sobre los ámbitos materialmente reservados a la Ley y que, por tanto, deben ser regulados *prima facie* por el legislador, solamente son válidos, desde un punto de vista constitucional, si la Ley que les habilita para completar la regulación de la materia establece la atribución de potestades normativas de una manera clara y determinada. En propias palabras de Duguit “una atribución general de competencia reglamentaria al gobierno sobre materias legislativas sería ciertamente contraria a la Constitución cualquiera que fueran las circunstancias en que se produjera” porque “...si el Parlamento da al Gobierno una competencia reglamentaria general e indeterminada, abdica completamente de sus poderes, y eso la Constitución no lo permite”.⁵²

Esta opinión de Duguit se produce en un contexto social muy inestable en Francia, donde está de por medio la primera guerra mundial y marca el inicio de las corrientes doctrinales alemanas y españolas posteriores, situando a la Constitución como una norma superior a la Ley. La Ley no es la norma soberana y superior en todo el espectro normativo como piensa Carré de Malberg, sino que está sometida a lo que la Constitución establece expresamente y a los principios generales del Derecho si la Constitución se inhibe o no regula expresamente alguna relación jurídica susceptible de afectar los derechos de los ciudadanos.

Si hasta aquí hemos puesto de manifiesto el pensamiento de Duguit, pasaremos ahora a analizar las concepciones de Carré de Malberg, quien se encuentra bastante distante del primero. Como decíamos anteriormente, Carré piensa que la Ley, como expresión de la voluntad popular que es, sólo puede ser dictada por las Cámaras legislativas. De esta afirmación se extraen algunas consecuencias importantes: primero, que no existe una diferencia entre leyes materiales y leyes formales, ya que la Ley sólo se caracteriza por su superioridad y preferencia para regular relaciones jurídicas por su condición de expresión de la voluntad general y segundo, que el legislador no puede ceder el poder legislativo porque el legislativo no puede transmitir al poder ejecutivo la cualidad de representante de la voluntad general y esa es precisamente la nota que le otorga a la Ley su fuerza superior.

⁵² DUGUIT, L.: “*Traité de Droit Constitutionnel*”, Editado por E. de Boccard. 2ª Edición, París 1924, página 772.

Como resultado de lo anterior se sigue que el Reglamento no es la consecuencia de un poder delegado, sino de una habilitación.

Nunca la fuerza de un Reglamento será la de una Ley, sino que la fuerza normativa de la norma reglamentaria es equivalente a la de los actos administrativos. Carré no excluye que exista un cierto poder reglamentario independiente de la Ley para asegurar su ejecución. Sin embargo, lo reduce a la organización interna de los servicios públicos. En este sentido no se puede negar la modernidad del pensamiento de Carré, que se adelanta en el tiempo en esa concepción de la potestad reglamentaria y que ha sido seguida posteriormente por muchos autores.

Carré piensa que las posibilidades de que la Ley habilite al Reglamento son ilimitadas. La Ley puede habilitar la intervención del Reglamento en cualquier materia porque la Constitución no efectúa un reparto de materias entre la Ley y el Reglamento. Lo que la Constitución de 1875 ha repartido, desde el punto de vista de Carré, no son materias distintas, sino poderes de naturaleza diferente. Por consiguiente, es el Poder legislativo el competente para fijar el ámbito de los reglamentos.

Desde un punto de vista formal, si Duguit condicionaba la validez de los reglamentos a la atribución clara y determinada que la Ley de habilitación tenía que hacer acerca de las cuestiones que debía regular el Reglamento, Carré no condiciona de ninguna manera la posibilidad de delegaciones legislativas prácticamente en blanco, ya que el órgano que habilita es el representante de la voluntad general.

Carré, al contrario de lo que pensaba Duguit, opina que la norma legal es soberana y no está sometida a ningún tipo de limitación, ni siquiera constitucional. Para él, no cabría en la Constitución francesa de 1875 un verdadero control de la constitucionalidad de las leyes.

En toda la polémica doctrinal que sostienen Duguit y Carré, lo que subyace es, como pone de relieve Baño León, “la cuestión a la que la Constitución de la III República no supo dar una respuesta satisfactoria... Si el Gobierno podía intervenir en materias para las que la tradición republicana aconsejaba la forma de ley. Si, en definitiva, la ley tenía que respetar la Constitución absteniéndose de apoderar al Gobierno en determinadas materias sin haber tomado por sí misma las decisiones básicas”.⁵³

⁵³ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 68.

Tampoco Duguit o Carré nos resuelven el problema. Lo que sí hacen ambos autores es darnos su particular punto de vista en torno a la Ley y a las relaciones entre la Ley y el Reglamento y, por ende, del poder ejecutivo con el poder legislativo. De todos modos, la discusión doctrinal entre ambos no es ni mucho menos estéril, pues es la base en la que se inspiran muchos de los autores posteriores que se acercan al estudio del problema, tanto en Francia como en Alemania, así como en España.

6. La influencia de Carré y Duguit en la doctrina francesa de este siglo y la imposibilidad de delimitar las habilitaciones legislativas

A partir de las reflexiones de Carré y Duguit, se sienta una línea de pensamiento en la doctrina francesa más representativa de este siglo (Hauriou o Esmein ad exemplum), así como el Consejo de Estado a partir del Arrêt “Chemin de fer”, que coincide en la imposibilidad de que la Ley pueda delegar su poder. La Ley puede habilitar al Gobierno para que dicte normas reglamentarias, pero lo que no puede hacer la Ley es atribuir al Reglamento las potestades de regulación de un modo tan vago que suponga, en la práctica, una deslegalización de la materia. Sin embargo, en un país sin jurisdicción constitucional como Francia, no pudo evitarse la cada vez más frecuente habilitación general de la Ley al Reglamento con simples pensamientos doctrinales. De este modo, el debate en torno a los límites que debe observar el legislador a la hora de habilitar al Reglamento va a seguir vigente en Francia hasta la aprobación de la Constitución de la V República en 1955, la cual regula un sistema de justicia constitucional y configura un ámbito reservado de potestades para ambas normas, Ley y Reglamento, con la finalidad de resolver definitivamente la cuestión. Pero sobre la Constitución de la Quinta República volveremos en la segunda parte de nuestro trabajo.

7. La polémica en torno a los reglamentos de administración pública

El problema que se plantea en Francia ya desde el siglo XIX a propósito de los “*règlements d'administration publique*”, una vez que se ve la imposibilidad práctica de desterrar las normas emanadas del poder ejecutivo de la faz del ordenamiento jurídico galo, tal y como lo deseaban los revolucionarios, va en aumento debido a las cada vez más frecuentes delegaciones legislativas, que acaban siendo prácticamente cheques en blanco que expide el legislador en favor del poder ejecutivo. La reacción doctrinal a este fenómeno de ensanchamiento de la capacidad de normar del poder ejecutivo, incluso en materias sobre las que el Reglamento, según los principios revolucionarios, nunca debiera haber entrado, se muestra

insuficiente para frenar una situación que hace tambalearse todos los principios tradicionales acerca de la concepción de la Ley y del principio de legalidad. El dato clave para entender esa insuficiencia es la inexistencia de un control judicial de ese tipo de reglamentos puesto que, desde la concepción de Laferrière, el Reglamento que desarrolla la Ley posee una inmunidad total que afecta tanto a los preceptos derivados directamente de la delegación como a aquellos otros que no son fruto de la misma.⁵⁴

La importante decisión jurisprudencial “Chemin de fer”, resultado de las fuertes presiones doctrinales, especialmente de Carré, pero también de Esmein, quien en un famoso artículo a inicios de este siglo “...recuerda los viejos dogmas revolucionarios sobre la inderogabilidad de los poderes públicos desde el momento que *le titulaire d'aucun de ces pouvoirs n'en a la disposition, mais seulement l'exercice*, y propone en su lugar la doctrina de la invitación...La ley invita a la administración a ejercer su propio poder reglamentario...de donde se deduce que el Reglamento *d'administration publique* sigue siendo un pronunciamiento administrativo típico y, por ende, con rango inferior a la ley y plenamente justiciable ante el *Conseil d'Etat*”.⁵⁵

Con “Chemin de fer”, dictada el 6 de diciembre de 1907, el Consejo de Estado francés se aparta de su jurisprudencia anterior y acepta por vez primera la admisibilidad de un recurso por exceso de poder contra un Reglamento de administración pública.

El problema que se planteaba con anterioridad a esa crucial decisión judicial no era, en absoluto, baladí. Pensemos que, por una parte, existía la imposibilidad de controlar judicialmente al Reglamento porque éste era inmune, siguiendo la vieja teoría acuñada por Laferrière. Pero es que además, por otra parte, existía también la imposibilidad de controlar la Ley habilitante por no existir un sistema de justicia constitucional en las Constituciones francesas de la época. Como consecuencia de esa situación, el resultado práctico de todo ello es que el Reglamento va comiendo cada vez más terreno a la Ley porque el poder legislativo va cediendo cada vez más materias a la normación reglamentaria.

Si bien es cierto que la doctrina sentada por “Chemin de fer” no es aceptada por la totalidad de la doctrina francesa, también lo es que a partir de ella se deja absolutamente claro que el Reglamento está indiscutiblemente subordinado a la Ley y que, por tanto, puede ser enjuiciado por el Consejo de Estado.

⁵⁴ Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: “Legislación delegada...” op. cit., página 60 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*..., página 61.

La polémica continúa a lo largo de todo este siglo hasta que la constitución de la V República intenta poner fin a la misma reconociendo a ambos poderes, legislativo y ejecutivo, un ámbito de poderes propio, con lo que se consuma en grado máximo hasta ahora el progresivo aumento de protagonismo del Reglamento y la correlativa pérdida de poder de la Ley en el sistema galo.

Como vemos, el cambio espectacular producido en la evolución de las relaciones entre la Ley y el Reglamento, anunciado con anterioridad, es público y notorio, pasándose de un dominio casi absoluto de la Ley a situar a ambas normas en pie de igualdad en la actualidad.

8. Conclusiones

1. En el sistema francés, al igual que en el sistema alemán, las relaciones entre la Ley y el Reglamento han estado condicionadas por presupuestos ideológicos e institucionales.
2. En la más pura concepción jacobina inicial, derivada de la teoría de la división de poderes, la Ley es en el sistema francés la norma soberana y superior en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Existe una absoluta predilección por la Ley como la única norma jurídica que puede crear Derecho. No se concibe que el poder ejecutivo pueda tener reconocida una potestad para crear Derecho. La única función política y jurídica que le cabe al poder ejecutivo es la del pleno sometimiento a los dictados de la Ley.
3. Pronto se ve la imposibilidad de poner en práctica esa radical postura revolucionaria de los primeros tiempos y se reconoce la necesidad de otorgar al poder ejecutivo la capacidad de dictar normas que, subordinadas a la Ley, completen la regulación de determinadas materias a través de habilitaciones especiales contenidas en la propia norma legal en favor de la norma reglamentaria.
4. En un proceso lento pero continuo, las normas que dicta el poder ejecutivo están cada vez menos subordinadas a la Ley como consecuencia de las cada vez más vagas determinaciones que las leyes de habilitación contienen, las cuales terminan por convertirse a la entrada de este siglo en auténticos cheques en blanco en favor del poder ejecutivo.
5. Se produce una gran reacción doctrinal en Francia que trata de devolver a ese país lo que habían sido sus tradicionales concepciones acerca de la Ley

y de la relación de esta con el Reglamento, produciéndose, al igual que en la mayor parte de los países, un enorme distanciamiento entre teoría y práctica. Así, la práctica, nos va mostrando como “el supuesto dominio de la Ley...se ha visto vaciada...por las frecuentes delegaciones formales o larvadas de la función legislativa en el ejecutivo, así como por simples apoderamientos de la Administración”.⁵⁷

6. Ese abandono de la preferencia por la Ley tiene una de sus explicaciones más coherentes en la progresiva pérdida de confianza en la Ley y el descubrimiento de la idea de Gobierno, la cual va imponiendo y ganando adeptos.

7. Como consecuencia del progresivo intento de huida del principio de legalidad estricto propugnado por la concepción jacobina, surge en Francia con fuerza un tipo de norma reglamentaria que no está sometida, en un principio, a ningún control, ni de forma ni de fondo, por estar considerada en los sectores que regula como norma de igual rango que la Ley. El control de los mismos se produce por el Consejo de Estado francés ya en este siglo, como consecuencia de la presión efectuada por la doctrina mayoritaria. Son los denominados en el país vecino como reglamentos de servicio público.

8. La polémica situación en que se encuentran las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Francia en este siglo, con un crecimiento espectacular de la fuerza del segundo y la consecuente pérdida de prestigio y de poder de la primera, se deja sentir en la regulación actual de esta cuestión en el país vecino con la aprobación de la Constitución de la V República, la cual parece zanjar definitivamente la polémica al reconocer a ambas normas un listado de materias reservadas a las mismas. Sin embargo, lejos de solucionar los problemas, esa decisión innovadora en los sistemas jurídicos occidentales aporta nuevos puntos oscuros en la materia.

9. En el sistema francés, al adoptarse inicialmente una concepción estricta del principio de legalidad como supremacía general de la Ley en cualquier tipo de materias, la labor de la Administración se limita a ejecutar y complementar la originaria regulación hecha por la Ley. En Francia, por tanto, sólo se concebía la potestad reglamentaria que, forzosamente se vieron obligados a reconocer al poder ejecutivo por razones políticas y puramente prácticas, como una ejecución o complemento de la normación legal, pero con el devenir del tiempo, esa concepción fue variando progresivamente.

⁵⁷ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento...” op., cit., página 136.

LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ESPAÑOLES EN TORNO A LAS RELACIONES ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

1. Introducción: Justificación de una mirada a nuestro pasado

Hablando de nuevo en clave histórica, debemos recoger en primer lugar la reflexión que justifique el acercamiento al entendimiento de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la España del siglo XIX.

Si ya hemos explicado el estudio de otros sistemas por la peculiaridad de conceptos que aportan y la influencia que sobre el español ejercen, se entenderá el por qué de una mirada hacia atrás en la regulación española que nos muestre las raíces de la todavía polémica y no definitivamente resuelta relación entre las dos normas jurídicas de mayor relevancia tanto cuantitativa como cualitativamente.

Es necesario observar si la regulación actual de la cuestión contenida en la Constitución española de 1978 tiene alguna reminiscencia de nuestros periodos históricos más próximos.

Afirma Santamaría Pastor que el análisis de la Historia para los juristas "...se centra en aquellos periodos históricos de cuyas consecuencias aún nos alimentamos y cuyos planteamientos pueden tener un cierto valor de ejemplaridad para el presente. En concreto, la discusión sobre la Administración decimonónica sólo tiene sentido en cuanto discusión indirecta sobre la Administración de nuestros días".⁵⁸

Queda claro, como indica el citado autor en la misma obra que, salvo a los historiadores, a ningún jurista parece interesarle la problemática administrativa del reino visigodo o de la reconquista. Lo que nos interesa es volver la vista a la génesis de las instituciones actuales y a los orígenes de la concepción de las mismas para ver no sólo si la regulación actual toma algunos de los caracteres de su concepción pretérita, sino también para ver qué nos puede enseñar la Historia de la institución tratada. Y para este análisis sobre las relaciones entre la Ley y el Reglamento en España debemos volver la vista en primer lugar, ello es evidente, al siglo pasado.

Prescindiendo de las valoraciones políticas que Santamaría efectúa en la *Introducción de Sobre la Génesis del Derecho administrativo español acerca de los administrativistas españoles del siglo XIX y de la Ciencia*

⁵⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX 1812-1845". *Universidad*. Sevilla 1973, página 16-17.

Administrativa que practicaban, afirmaciones, las pronunciadas por el citado autor, que son perfectamente comprensibles en una obra generalista donde se intenta abarcar un ámbito mayor de cuestiones que las que en este trabajo proponemos, si nos haremos eco aquí y ahora de su reflexión sobre el progresivo deterioro del ideario constitucionalista en la primera mitad del siglo XIX llevado a cabo por la burguesía liberal.⁵⁹

En cuanto a la fórmula que seguiremos para la observación de lo que sucedió en el siglo XIX, nos centraremos fundamentalmente en lo que respecto a las relaciones entre la Ley y el Reglamento se contenía en las sucesivas Constituciones decimonónicas, sin descuidar un detalle que hay que tener siempre presente en cuanto a la explicación del fenómeno español, y que se refiere a la absoluta discordancia existente entre teoría y práctica, que llegaba hasta el extremo de vaciar en muchas ocasiones de contenido lo que se preveía en la Constitución.

Expresa Alejandro Nieto que “la historia administrativa - como la historia a secas - puede ser estudiada y contada de muchas maneras. Los autores de formación jurídica suelen atenerse al positivismo legal, de tal forma que sólo se interesan por lo que dicen los textos legales...La discordancia entre la letra y la realidad es, para ellos, un mero accidente que apenas si merece una alusión marginal”.⁶⁰ Para este autor, la letra de las normas debe ser un indudable punto de referencia constante. Pero nada más, porque debe analizarse lo que sucedía en la realidad, fuera de lo establecido en las normas y si una y otra realidad, la legal y la social, coincidían.

Desde este momento creo que es oportuno adelantar que en la España del siglo XIX no solía ser frecuente que se cumpliese escrupulosamente con lo que se decía en las leyes. Y mucho menos con lo que establecía la Constitución, la cual representaba una manera de guardar las formas, de legitimar el poder, pero quedaba en letra muerta en la mayoría de los casos por los numerosos sistemas paralelos ideados por los gobernantes de la época para evitar cumplir los dictados que la misma imponía. A ello

⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Sobre la génesis...” op., cit., página 24. El autor afirma literalmente que “la Historia de la primera mitad del siglo XIX nos ofrece un fenómeno progresivo de deterioro del primer ideario constitucionalista, llevado a cabo con no poca mala conciencia por la burguesía liberal que, conscientemente de su traición al mito de la Constitución gaditana, se aplicó a construir una Administración poderosa y privilegiada que necesitaba ineludiblemente para consolidar su dominio social. La Administración y el Derecho Administrativo surgieron como las palancas básicas conformadoras y garantizadoras del naciente poder económico de la burguesía y de su dominio tanto frente a las clases privilegiadas del Antiguo Régimen como frente a la amenaza emergente del proletariado urbano y rural”.

⁶⁰ NIETO GARCÍA, A.: “Los primeros pasos del Estado constitucional: Historia Administrativa de la Regencia de María Cristina”. Editorial Ariel. Madrid 1996, página 13.

contribuía el hecho de que careciéramos, al igual que en otros países, de un sistema de Justicia Constitucional que obligase efectivamente a respetar el texto constitucional escrito.

En los primeros años del siglo XIX quienes estaban de acuerdo con la Constitución vigente por haber participado en su elaboración, intentaban aprovecharse de ella para favorecer sus intereses de una manera poco cristalina, y quienes no estaban de acuerdo con ella, simplemente se levantaban en armas y daban un Golpe de Estado. Posteriormente, ya en la época de la Restauración, los políticos, forzados por los acontecimientos históricos, se dieron cuenta de lo banal de esas luchas fratricidas.

Así, idearon un sistema de alternancia en el poder en el que los dos partidos mayoritarios, las dos Españas de toda la vida, se daban una Constitución que todos aceptaban y que ninguno cumpliría, pero que serviría, en cualquier caso, para repartir el botín entre sus respectivas clientelas alternativamente cada cierto tiempo.

Evidentemente, no pecaremos de sensacionalismo y diremos que la situación de la España actual es igual que la anteriormente descrita, pero sí que existen algunas concomitancias entre una y otra en cuanto a la presencia del clientelismo político, fenómeno no exclusivo de España y que siempre ha existido en todos los países en mayor o menor medida a lo largo de la Historia.⁶¹

Por lo tanto, no descuidaremos el ambiente social en el que nos estamos moviendo, sobre todo en un ámbito en el que es fundamental este aspecto social y político, puesto que lo que está en juego es nada más y nada menos que el reparto del poder. Sin embargo, y a pesar de lo que otros autores puedan considerar, intentaremos permanecer neutrales desde un punto de vista ideológico en las disputas doctrinales con repercusiones políticas que pudieran existir.

Y sin más preámbulos, sumerjámonos en nuestra historia constitucional.

⁶¹ Véase al respecto el libro recientemente publicado por la Editorial Marcial Pons y titulado: "Poder, Economía, Clientelismo". Este libro es el fruto de un Seminario de verano organizado por la UNED sobre estas cuestiones relativas a las personas cercanas al poder y la capacidad que tienen de influir en el mismo, es decir, sobre lo que modernamente se ha dado en llamar tráfico de influencias y antes era denominado más castizamente como "caciquismo".

2. El concepto español de la Ley en los primeros textos constitucionales

Nuestra visión acerca de la Ley está muy influenciada por las experiencias seguidas en otros países cercanos tanto desde el punto de vista físico como desde el punto de vista jurídico. “La trayectoria de los planteamientos jurídico-públicos en nuestro país, y por tanto la comprensión española del concepto de ley, aparece vertebrada...por la compleja coexistencia de dos mentalidades alternativas cuya tensión recorre toda nuestra historia constitucional. Una de esas constantes, desde que el influjo de los esquemas jacobinos de la Constitución francesa de 1791 traspasara nuestras fronteras, se produce en el sentido de una cerrada defensa de la legitimidad excluyente del Parlamento y de la primacía absoluta de la ley...El otro *continuum* de esa nuestra mentalidad jurídico-pública surge a impulsos de un planteamiento dual de la legitimidad del estado y del sistema político...”⁶²

La corriente o alternativa, que diría Garrorena, cercana a los postulados franceses en torno al concepto de Ley es la que se consagra en la Constitución de Cádiz de 1812 y es la que, en términos generales va a seguir manteniéndose en el resto de Constituciones del siglo XIX hasta 1929, en que el Proyecto de Constitución de la Dictadura de Primo de Rivera contempla una visión muy distinta de las cosas, dejando mayor margen a la potestad normativa del ejecutivo y abandonando la idea jacobina de primacía absoluta de la Ley. Sin embargo, con la Constitución republicana de 1931 resurge la tradición monista francesa y sólo se reconoce la posibilidad de que el ejecutivo dicte reglamentos en ejecución de las leyes, con la consiguiente prevalencia de la Ley en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Pero con posterioridad, un régimen desprovisto de toda legitimidad democrática vuelve a potenciar el poder ejecutivo en detrimento del legislativo, como es característico de ese tipo de sistemas.

De todos modos, ya hemos señalado con anterioridad que si bien es cierto que los textos constitucionales en su mayoría, salvo las excepciones que suponen el Estatuto real de 1834, el Anteproyecto de Bravo Murillo de 1852, el Proyecto de Primo de Rivera de 1929 y las Leyes Fundamentales del régimen franquista, consagraban o acogían en su seno una concepción jacobina atenuada de la Ley, otra cosa bien distinta era el transcurrir de la práctica legislativa, donde si se examinan las Colecciones, se puede observar cómo éstas no se ceñían con exactitud a la letra impresa en los sucesivos textos constitucionales. Ello no quiere decir, sin embargo, que se dictasen muchos reglamentos *praeter legem* o independientes tal y como

⁶² GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op. cit., página 37.

algunos autores han indicado. Todo lo contrario; resulta bastante inusual el dictado de este tipo de normas. Es clásica la cita del Reglamento sobre Contratos del Estado de 27 de febrero de 1852 dictado por Bravo Murillo como ejemplo de Reglamento independiente. También se citan por parte de Clavero Arévalo⁶³ dos únicos ejemplos adicionales de reglamentos *praeter legem*; el de espectáculos y el de prisiones, a pesar de lo sugerente del título del trabajo concreto del citado autor.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

También distinto a la regulación constitucional era el pensamiento doctrinal, cada vez más proclive a la asunción de las construcciones teóricas alemanas al comprobar la utopía de la aplicación práctica de la superioridad de la Ley sobre todo el ordenamiento y la consiguiente pérdida de fe en dicha norma. De esta manera, nuestra doctrina importa muchas de las categorías alemanas para la explicación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento y, por tanto, para explicar la posición jurídico-constitucional del poder ejecutivo y del poder legislativo, en gran medida debido a la tradición doctrinal española en la concepción material de la Ley, la cual implicaba automáticamente la entrada en escena de la institución de la reserva. En esos tipos de planteamientos influía la propia ideología reaccionaria de la mayoría de nuestra doctrina, la cual se hallaba en la mayoría de los casos próxima al poder.

De todos modos, es necesario, como indica Garrorena⁶⁴ un estudio detallado de la potestad normativa en nuestra historia constitucional, pero no referido a planteamientos doctrinales o a menciones constitucionales, sino a la propia práctica; es decir, apoyado sobre un análisis serio de las Colecciones de leyes y decretos efectivamente promulgados o expedidos". Como quiera que nuestro estudio se centra en la regulación actual hecha por la Constitución española, la asunción de esa tarea desbordaría los objetivos y las previsiones del trabajo, desbordamiento que se produce con cierta facilidad en las partes históricas de multitud de tesis doctorales. Lo único que pretendemos con el recurso a la Historia es ver en qué medida podemos haber heredado hoy en día planteamientos o concepciones anteriores. Sin embargo, apuntado dejamos este llamamiento a la investigación normativa de ese período tan importante de nuestra historia constitucional.

Mientras tanto no se emprenda esa obra, Garrorena⁶⁵ afirma que "lo único cierto es la confusión" pero que "el estado científico del problema podría

⁶³ CLAVERO ARÉVALO, M. F.: "¿Existen reglamentos autónomos en Derecho español?", RAP (62), 1970, página 11.

⁶⁴ GARRORENA MORALES, A.: "El lugar..." op., cit., página 40.

⁶⁵ *Ibidem*...

resumirse así: a) las Constituciones de la época monárquica - y otro tanto puede decirse de la Constitución de la II República - no fundamentaban más que un concepto estricto de legalidad y, en consecuencia, la existencia de reglamentos ejecutivos; b) en cambio, la doctrina de fines del XIX y primera mitad del XX comenzó a hablar de reglamentos autónomos, independientes, administrativos, *praeter legem*, más o menos apoyados teóricamente en Von Stein, con la conciencia de estar respaldando doctrinalmente una práctica normativa absolutamente habitual - fuera cual fuera su constitucionalidad - ... c) pero lo cierto es que, cuando se trata de cotejar esa práctica, los autores acaban apelando a ejemplos tan escasos y tópicos...que se tiene la sospecha de que, en el fondo, casi todos los reglamentos han venido prolongando, con mayor o menor intermediación, una legalidad que les preexiste...”

Una vez enunciadas de un modo somero la tradicional concepción de la Ley que acogían tanto las sucesivas constituciones españolas como la doctrina española del siglo XIX, entraremos en el examen más detallado de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en nuestra historia constitucional.

3. La regulación normativa de la materia en las diferentes constituciones españolas

3.1. La constitución de Cádiz de 1812

La Constitución gaditana en su artículo 131 enumeraba las facultades de las Cortes y todos los ámbitos sobre las que tenían competencias. Se puede afirmar sin miedo a ser exagerado que la amplitud de materias sobre las que las Cortes tenían competencias era tan amplia que existía, de hecho, una reserva de Ley absoluta. No es extraño que esto fuera así, ya que a las influencias francesas surgidas de la revolución de 1789 con su concepción jacobina de supremacía absoluta de la Ley que fueron gozosamente acogidas por los *afrancesados*, se sumaban las inclinaciones que algunos de los diputados doceañistas, cuyo principal ejemplo lo constituyen Jovellanos o Argüelles⁶⁶, sentían por el sistema anglosajón, en el que la Ley, como sabemos, puede hacer de todo, menos convertir a un hombre en una mujer.

En la exposición preliminar de la Constitución gaditana se dirá que las facultades del artículo 131 pertenecen por su naturaleza a la potestad

⁶⁶ Véase el Capítulo IV del libro *Poder, Economía, Clientelismo* citado anteriormente que lleva por título “El debate sobre el sistema británico de Gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX”, escrito por el Profesor de la Universidad de Oviedo JOAQUÍN VARELA SUANZES.

legislativa y que las Cortes no pueden desentenderse de ellas so pena de poner en compromiso la libertad de la nación.

En realidad, el artículo 131 no es más que una traducción casi literal del artículo correlativo de la Constitución francesa de 1791.

El precepto está redactado a modo de listado, fórmula que no se vuelve a repetir en ninguna otra Constitución española. En el resto de textos constitucionales se alude en un artículo a la potestad *de hacer las leyes* que ostentan las Cortes y se citan en otro precepto algunas de las materias que en la Constitución de 1812 se incluyen en el listado del 131.

El que se opte por la fórmula del listado en la Constitución gaditana no es casual, sino que indica una serie de concepciones de la época que son puestas de manifiesto de una manera clara y sistemática por A. Gallego Anabitarte en su trabajo de tesis doctoral.⁶⁷

Las conclusiones principales que se pueden sacar de este listado contenido en el artículo 131 son las siguientes:

- Que se diferenciaba entre leyes y otros actos emanados de las Cortes.
- Que existe una concepción material de la Ley, no en cuanto que la Ley sólo se pueda ocupar de determinadas materias, sino en cuanto que la Ley es una manifestación de especial transcendencia y características, al estilo inicial francés. Sin embargo, en este punto hay bastantes discrepancias entre la doctrina que ha tratado el tema. Para algunos, como Anabitarte, a pesar de aceptar esa concepción material de la Ley que se acoge en la Constitución de Cádiz, no existen materias reservadas a la Ley, “...ya que ésta puede intervenir en todo: no estará limitada como en Alemania a regular sólo lo que afecte a la libertad y propiedad de los ciudadanos”. Por otra parte, L. Martín-Retortillo Baquer escribe “la Constitución de Cádiz regula de forma detallada en el artículo 131 cuáles son las facultades de las Cortes, entre las que se enuncian hasta 26 distintas...El artículo 171 recoge en lugar preferente y como propia del Rey la potestad reglamentaria...El artículo 172, contempla...los límites, las restricciones de la autoridad del Rey, y es aquí donde se contiene la prohibición de que el Rey intervenga en todo lo referente a la propiedad... y...en lo relativo a la libertad...Estas prescripciones contemplan el principio de las materias reservadas a la ley en la doble perspectiva que se refiere a la libertad y a

⁶⁷ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento...” op., cit., página 93, 94.

la propiedad individual...en sentido negativo: desapoderamiento para que el Rey no intervenga. La doctrina de las materias reservadas se recoge, pues, postulando la exclusión absoluta y total de cualquier intervención del Rey en ellas...Es por tanto aquí...donde hay que ver recogida en la Constitución de Cádiz la doctrina de las materias reservadas a la ley y no... en el artículo 131...”.⁶⁸

Como vemos, las posturas de ambos autores están distantes. Sin embargo, creemos que ambos tienen parte de razón.

Efectivamente, la Constitución de Cádiz expresa un listado de materias en el artículo 131 que serán de competencia del legislativo y en los artículos 171 y 172 regula las competencias regias y sus limitaciones. Pues bien, diremos que la Ley tiene poder para regular en primera instancia todas las materias del listado del 131 y que sobre las mismas podrán entrar, una vez efectuada esa primera regulación por la Ley, los reglamentos expedidos por el Rey. No obstante, a este tipo de normas reglamentarias emanadas de la autoridad regia se les impone una prohibición de entrar a regular aquellas materias que afecten a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos, porque sobre dichas materias existe un poder adicional de la Ley, un reforzamiento de la norma legal, que debe traducirse en una regulación más pormenorizada, más de detalle en estos ámbitos, quedando vedada la innovación reglamentaria de cualquier tipo que pudiera darse en estas materias.

Aun aceptando que la tradición jurídico-constitucional española se caracteriza, a pesar de nuestra convulsa historia decimonónica, por muchas notas repetitivas, pero fundamentalmente por una, la constitucionalización de las materias reservadas a la Ley, lo cierto es que todavía la de 1812 es una época temprana para encontrar esta institución de la reserva, sobre todo porque las influencias externas recibidas por entonces iban en otro sentido, la francesa y la inglesa, más que la alemana, que es el sistema donde se desarrolla la teoría de las materias reservadas a la Ley y la *cláusula de la libertad y la propiedad* como ámbitos sobre los que debe estar proyectada esa reserva a la Ley presenta todavía perfiles como nítidos.

Pensamos que las materias reservadas a la Ley en 1812 lo abarcan prácticamente todo y el poder reglamentario atribuido al Rey está absolutamente condicionado a la ejecución de las leyes, como por otra parte es una constante en la historia constitucional española, salvo las excepciones anteriormente apuntadas.

⁶⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “La doctrina de las materias reservadas a la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. RAP (39), 1962, páginas 292-294.

- Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que la distribución del poder normativo no se efectuaba con la mirada puesta en las materias sino en torno a la concepción formal de ambas normas, Ley y Reglamento. De esta manera se entendía que la distribución venía regida porque la Ley regulaba las cuestiones generales de una forma más abstracta y el Reglamento efectuaba una regulación más detallada dirigida a la ejecución y aplicación de la norma legal.

3.1.1. La fórmula de atribución de potestades al poder ejecutivo

La solución que utilizaron las diferentes constituciones a lo largo del siglo XIX a la hora de atribuir competencias al Rey-Poder ejecutivo fue la de otorgarle competencias para la conservación del *orden público interior* y la *seguridad exterior*, además de la genérica de expedición de los Decretos, reglamentos e instrucciones que creyese conveniente para la ejecución de las leyes. De esta manera se inicia una larga y prolongada tradición de reconocimiento de la potestad de intervención en determinadas materias por parte del Poder ejecutivo con base en el Título genérico de la defensa del interés público. En la Constitución de Cádiz, la salvaguarda del orden público le autorizaba ya al Rey a dictar reglamentos generales de policía en el caso de que las Cortes no lo hiciesen, ya que la emisión de este tipo de reglamentos era una de las materias otorgadas a las Cortes por el artículo 131 que venimos comentando. Las consecuencias de este reconocimiento temprano de las competencias sobre el orden público en favor del Ejecutivo van a dar lugar a numerosas fricciones entre el Poder legislativo y el Poder ejecutivo, fricciones que se van a prolongar a lo largo de todo el siglo XX, puesto que ese reconocimiento le habilita al Ejecutivo para intervenir sin subordinación ni respeto por la Ley en algunas materias, en principio vedadas a su regulación, con la excusa de la protección del interés público, concepto jurídico indeterminado que es uno de los que más literatura ha dado.

3.2. El Estatuto Real de 1834

El artículo 33 del Estatuto Real afirmaba que “para la formación de las leyes se requiere la aprobación de uno y otro Estamento y la sanción del Rey”. Sin embargo, los Estamentos, a pesar de la dicción literal del precepto, no tenían iniciativa legislativa, ya que ésta se había atribuido a la Corona.

Excepción hecha de la materia contributiva, la Reina retenía la competencia normativa en el resto de sectores. De este modo, la Reina podía, según el

Estatuto, o bien ejercer directamente dicha competencia normativa o bien proponer a las Cortes un proyecto de Ley para que estas fuesen las que se pronunciasen sobre las cuestiones a regular en primera instancia. Sin embargo, la reina tenía también reconocida la posibilidad de retirar en cualquier momento de la tramitación ese proyecto de Ley sometido por ella misma con anterioridad a la consideración de las Cortes. Además, se le reconocía la potestad adicional, en el artículo 35, de no sancionar ese proyecto de Ley.

Al no estar establecida la distribución de materias en la propia Constitución, el ajuste o equilibrio entre poderes quedaba en manos, de facto, de la reina, ya que le correspondía presentar a las cortes las propuestas de Ley. “Esta era la regla general, sin perjuicio, claro es, de la iniciativa parlamentaria, que no tenía nunca fuerza vinculante, puesto que la regente tenía reservada la potestad de sanción. En otras palabras: la determinación de si una materia iba a ser regulada por Ley o por Real Decreto era una cuestión de estricta oportunidad política, no de regulación constitucional”.⁶⁹

3.3. La Constitución de 1837

3.3.1. Las previsiones normativo-constitucionales

La Constitución de 1837 mantuvo el sistema de relaciones entre Ley y Reglamento con unos esquemas parecidos a como se regulaban en la Constitución de 1812 aunque, como apunta Alejandro Nieto⁷⁰, “expresado en unos términos mucho más concisos”.

La potestad de hacer las leyes sigue perteneciendo a las Cortes con el Rey. Es el artículo 12 el que contiene la dicción literal, al establecer que: “La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey” (las Cortes en esta Constitución son bicamerales, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1812).

En cuanto a la potestad reglamentaria, ésta se otorga al Rey en términos muy parecidos a lo que ya se preveía en la Constitución de Cádiz.

El artículo 37 indica que la última palabra en las materias que se refieren a contribuciones y crédito público la tienen, en todo caso, las Cortes.

⁶⁹ NIETO GARCÍA, A.: “Los primeros pasos...” op., cit., página 158.

⁷⁰ Ibidem, página 154.

Además de tener la potestad, conjuntamente con el Rey, de dictar las leyes, el artículo 40 enumera otra serie de competencias que recaen sobre las Cortes en sí, sin necesidad de que las ejerciten conjuntamente con el Rey. Como afirma Nieto⁷¹ “al suprimirse...la figura de los decretos de Cortes, la reserva de Cortes se identificaba con la reserva de ley...”.

Es cierto que los tiempos han cambiado; han transcurrido veinticinco años desde la promulgación de la Constitución de Cádiz y el influjo inicial de las concepciones francesas en torno al concepto de Ley ha ido evolucionando. La inicial concepción radical jacobina de supremacía absoluta de la Ley en todo el ordenamiento ha sido abandonada incluso en la propia Francia, donde pronto se vio la necesidad de reconocer una potestad reglamentaria al Poder ejecutivo. Igual sucede en España, donde el poder reglamentario se afianza poco a poco y empieza a tomar cuerpo la doctrina de las materias reservadas a la Ley.

Las materias que el artículo 40 de la Constitución de 1837 reserva a la Ley son las siguientes:

- Imposición y cobro de contribuciones y arbitrios (artículo 73)
- Disposición de las propiedades del Estado y toma de caudales a préstamos sobre el crédito de la nación (artículo 74)
- Fijación anual, a propuesta del Rey, de la fuerza militar permanente de mar y tierra (artículo 76)
- Organización y servicio de los cuerpos provinciales de la Milicia Nacional (artículo 77)

Por lo que hace referencia a las potestades normativas del Rey, “las mismas se desarrollaban en dos ámbitos: en el legislativo, en cuanto Poder colegislador...y en el reglamentario que ejercía por sí mismo, de ordinario a través de Reales Decretos...Esta segunda variante de su potestad normativa fue regulada en el artículo 47,1 de la Constitución de 1837...: expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes”.⁷²

La iniciativa regia en el procedimiento legislativo se expresa normalmente con la presentación de proyectos de Ley. Observa Nieto que “materialmente lo hacía el presidente del Gobierno con la advertencia ritual de que S.M. le había autorizado para plantear ante el Congreso el Proyecto en cuestión”.⁷³

⁷¹ NIETO GARCÍA, A.: “Los primeros pasos...” op., cit., página 154.

⁷² Ibidem..., página 156.

⁷³ Ibidem..., página 154.

Las competencias del Rey no se agotaban en el hecho de hacer las leyes con las Cortes, sino que también le correspondía ejecutarlas, sancionarlas y promulgarlas.

La actividad normativa de las Cortes, por su parte, se expresaba a través de leyes y de resoluciones. Los Decretos, como apuntamos anteriormente desaparecen en esta Constitución de 1837.

El problema que se planteaba en cuanto a esa potestad normativa compartida por el Rey y por las Cortes era la fijación o determinación de las materias concretas que debían ser reguladas por las Cortes o por el Rey. La claridad constitucional se refería a una zona reducida, dejando otra amplísima zona intermedia de cobertura constitucional normativa más que dudosa.

En la práctica, las Reales Órdenes fueron las disposiciones más abundantes puesto que su número multiplica varias veces el de los Reales Decretos. Dice Nieto que “gracias a ellas se podía mantener la ficción constitucional de que era el Rey quien gobernaba...En efecto, mediante una ficción constitucional (de las que tanto han abundado en nuestra historia constitucional, añado yo) la Real Orden presuponía que había una decisión previa del Rey...”⁷⁴

Como reflexión final al texto constitucional de 1837, se puede apuntar que si bien es cierto que en esta Constitución se comienza a vislumbrar en España la doctrina de la reserva de Ley, la misma se circunscribe todavía a un ámbito de materias muy reducido. Así, queda muy marcada en lo que hace referencia a las cuestiones tributarias, pero se hecha en falta una reserva de Ley más clara para la regulación de las materias relacionadas con la propiedad privada y, entre ellas, la expropiación forzosa. Sólo se prevé en el artículo 74 una reserva de Ley para la disposición de los bienes propiedad del Estado, sin que, repito, exista ninguna alusión a la regulación por Ley de las cuestiones que afecten a la propiedad privada de los particulares.

3.3.2. La realidad normativo-social

La situación social que vive España en estos años es muy delicada, como es sabido. Existe una guerra civil.

⁷⁴ NIETO GARCÍA, A.: “Los primeros pasos...” op., cit., página 157.

Esa situación social influye sobre manera en la práctica normativa de la época. El desinterés y poco respeto por la Constitución es evidente, produciéndose notables abusos en cuanto a la utilización de Decretos, Órdenes, etc, sin que muchas veces pueda encontrarse una base constitucional firme que otorgue competencia al poder ejecutivo para que dicte ese tipo de normas.

Las circunstancias hacen que prime la solución concreta de los problemas que se presentan, que no son ciertamente pocos, que el respeto y la escrupulosidad con la fórmula constitucional de distribución de competencias entre el poder legislativo y el ejecutivo.

Así, el distanciamiento entre texto constitucional y práctica normativa comienza a ser una constante y a consolidarse a lo largo de todo el siglo diecinueve como un auténtico apéndice de nuestra historia constitucional del que a duras penas lograremos deshacernos, debido a los intereses contrapuestos que defienden las élites sociales y políticas.

3.4. La Constitución de 1845

3.4.1. La previsión normativo-constitucional

En cuanto a la capacidad para promulgar leyes, el artículo 12 afirma que la potestad legislativa está atribuida a las Cortes con el Rey, en fórmula empleada ya por nuestros textos constitucionales anteriores. Las Cortes en esta etapa son bicamerales, igual que en la Constitución de 1837.

Asimismo, el artículo 43 expresa que “la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey y su autoridad se extiende en todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.

En base a estos dos preceptos insertados en la Constitución de 1845, podemos observar como las potestades normativas del Rey siguen proyectándose sobre dos ámbitos distintos: el ámbito legislativo, en el que sigue ostentando, junto con el Parlamento la potestad de dictar leyes y el ámbito ejecutivo, en el que su labor principal sigue siendo, igualmente, la de ejecutar las leyes, expidiendo para ello, según establece el artículo 45, “los Decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes”.

Además de esa potestad de ejecución de las leyes que en el ámbito ejecutivo le cabe al Monarca, no olvidemos esa interesante previsión constitucional que se hace en el mismo artículo 43 en el sentido de que la autoridad del Rey se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, en fórmula que empieza ya a repetirse constantemente en las Constituciones del siglo XIX y que ha sido el portillo abierto por el que se han introducido numerosas normas emanadas del poder ejecutivo encaminadas a coartar las libertades que, poco a poco, se iban abriendo camino y para las que todavía la reserva de Ley era una utopía. Pensemos en libertades como la de prensa, reunión, asociación, etc y recordemos la represión que desde los resortes del poder existía todavía en aquella época, represiones que tienen uno de sus mayores exponentes en la política llevada a cabo por la Sección de Orden Público en la etapa isabelina, como veremos más abajo.

Pero si de reserva de Ley hablamos, podemos observar como en ésta Constitución de 1845 se extiende el ámbito de la misma a un mayor número de materias, produciéndose así una progresiva expansión de esta figura en nuestro ordenamiento constitucional, la cual irá cada vez más en aumento. Si decíamos que en la Constitución de 1837 estaba circunscrita a unas pocas materias que se preveían en artículos dispersos y que se echaba en falta una referencia a la necesidad de regulación mediante Ley de la intervención en la esfera de la propiedad privada de los particulares, ahora en la Constitución de 1845 sí que se extiende la reserva de Ley a algunas libertades como las contenidas en el artículo 7, que proclama la reserva de Ley para proceder a la detención de las personas y para el allanamiento de la propiedad privada, por lo que vemos cómo se va configurando lo que ha sido la constante en nuestra historia constitucional en torno a la figura de la reserva de Ley; la proyección de la misma sobre las materias referidas a la libertad y a la propiedad, al igual que sucedía en el país de donde es importada esta herramienta jurídica. El objetivo se centraba así en otorgar mayor protección sobre estas materias a los ciudadanos por la trascendencia que para ellos suponen las mismas.

Asimismo, se introduce una suave previsión constitucional en el artículo 10 en el sentido de que no es posible la confiscación de la propiedad privada, pero sin que se contenga todavía una específica reserva de Ley en materia de expropiación forzosa.

3.4.2. La realidad normativo-social

Como pone de manifiesto A. Gallego Anabitarte, “bajo Espartero, el poder real va haciendo cada vez más uso de los Decretos y de las Órdenes...”⁷⁵

Lo cierto es que el poder reglamentario se extiende progresivamente sin que la Ley pueda evitarlo, entre otras cosas porque el Parlamento no es el que tiene la iniciativa legislativa, como hemos visto. Por eso se va consagrando la figura de la reserva de Ley, para preservar ciertas cuestiones de trascendencia para los ciudadanos a la regulación de la Ley.

De esta época es el Reglamento que sobre contratación de obras y servicios públicos se promulga el 2 de febrero de 1852, al cual se le ha colgado el “San Benito” de ser el primer Reglamento independiente de nuestra historia constitucional.

En realidad, existen grandes dudas entre la doctrina a la hora de la calificación de este Reglamento como independiente. Lo que parece claro es que los que así lo consideran lo que quieren poner de manifiesto es algo más trascendente, algo que va más lejos de la calificación como independiente o no de ese Reglamento. A lo que están aludiendo es que ya en esa época la Administración se estaba reservando determinados ámbitos normativos propios, libres de la injerencia legislativa. En posible apoyo de esos pensamientos doctrinales estaría el hecho de que el posteriormente desechado proyecto de Constitución elaborado por Bravo Murillo en 1852 contemplaba un poder reglamentario no sólo tendente a la ejecución de las leyes, tal y como se había concebido hasta entonces en las distintas constituciones anteriores, sino incardinado en todo lo que formara parte de la gobernación del país, constituyéndose como un auténtico poder reglamentario general y originario, no sometido a la Ley en esos ámbitos.

No es casualidad, por tanto, que ese Reglamento sobre obras y servicios públicos, dictado bajo el mandato de Bravo Murillo sea considerado como el primer Reglamento independiente de nuestra historia constitucional por parte de nuestra doctrina, apoyándose en la visión que sobre la distribución normativa de materias entre la Ley y el Reglamento tenía Bravo Murillo, visión que queda posteriormente reflejada claramente en el Proyecto de Constitución elaborado bajo su mandato.

⁷⁵ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento...” op., cit., página 98.

Sin embargo, hay otros autores que sostienen que la calificación del Reglamento de 2 de febrero de 1852 como independiente no es acertada, alegando, como lo hace Anabitarte,⁷⁶ que “las normas emitidas por la Administración sin expresa referencia a la ejecución de una Ley, sólo confirman la inactividad del legislativo...La potestad reglamentaria autónoma...se refiere a un ámbito normativo propio de la Administración libre de la injerencia legislativa. Esto sólo ocurre constitucionalmente en España en 1938-1942-1967”.

Pensamos que, si bien es cierto que desde un punto de vista constitucional no se contemplaban los reglamentos independientes, estos eran perfectamente posibles y, de hecho, en la práctica se podían dar. Incluso nos atrevemos a defender que existían preceptos dentro de las constituciones sobre los que se podía defender la promulgación de este tipo de normas reglamentarias. Concretamente estamos pensando en la anteriormente aludida fórmula tradicional española de constitucionalización de las atribuciones del Monarca en todo lo referente al orden público interior y a la seguridad exterior. ¿No es esta una solución constitucional proclive a otorgar ciertas discrecionalidades normativas encaminadas a la consecución de objetivos tan generales, tan poco determinados y de tan difícil determinación y control posterior por la sumisa organización judicial de la época, en un sistema que, además, carece de Justicia Constitucional?

La recepción por la Doctrina española de la clasificación de las normas reglamentarias elaborada por Stein, si bien es cierto que recibida acriticamente debido al entusiasmo que despertó en nuestros mayores, va a suponer la consagración no constitucional pero sí normativa de los reglamentos independientes, porque en los sucesivos textos constitucionales españoles nunca se contempló explícitamente tal potestad, pero a nivel teórico y práctico se admitía sin demasiados reparos.

3.5. La Constitución de 1869

3.5.1. La previsión normativo-constitucional

Han transcurrido 24 años desde la promulgación de la anterior Constitución, la de 1845. En el intervalo hubo el intento de aprobación de un texto constitucional que finalmente no llegó a ver la luz. Era el ya referido Proyecto de Constitución de 1852 redactado bajo el mandato de Bravo Murillo. La situación social en España ha variado, si bien es cierto que sigue

⁷⁶ GALLEGO ANABITARTE, A.: “Ley y Reglamento...” op., cit., página 98, en nota a pie de página.

tan turbulenta como lo estuvo a lo largo de todo el siglo XIX. Sin embargo, de la lectura del texto constitucional de 1869 se pueden extraer algunas consecuencias importantes que hacen suponer que los aires revolucionarios que por el resto de Europa se daban en aquella época no cayeron en saco roto en España.

En líneas generales se puede decir que la Constitución de 1869 es nuestra primera Constitución avanzada y moderna y que está en consonancia con los vientos liberales de la época en la que se promulga. Es una Constitución mucho más liberal que la de 1837 y la de 1845, y más liberal también que la de 1812.

En primer lugar, desde un punto de vista de la capacidad normativa que tiene reconocida la Constitución a los distintos poderes del Estado, el artículo 34 establece que “la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes”, que son nuevamente bicamerales, quedando en manos del Rey la potestad de sancionar y promulgar las leyes. Potestad que no es la única que se le reconoce al Monarca, puesto que el artículo siguiente, el 35, dice que “el poder ejecutivo reside en el Rey, que lo ejerce por medio de sus Ministros”.

Como podemos apreciar, la novedad es de consideración. Ahora sí que asistimos a una más clara separación entre los poderes. El legislativo está reconocido con exclusividad al Parlamento; ya no lo comparte con el Rey, el cual ostenta el poder ejecutivo.

Además las novedades van más lejos, porque se regulan las facultades de cada uno de los poderes de forma separada y más detallada después de esa declaración de carácter general que se contiene en los artículos 34 y 35. Así, El Título III lleva por nombre “Del poder legislativo” y el Título IV “Del Rey”. Dentro de ese Título IV se puede encontrar la tradicional fórmula que ya hemos comentado acerca de la potestad que tiene atribuida el Monarca para extender su autoridad “...a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la constitución y a las leyes”. Se sigue echando en falta los mecanismos adecuados para ajustar, efectivamente, esa actuación del poder regio tendente a la satisfacción de esos objetivos a unos controles que garanticen de una manera eficaz el respeto en esas actuaciones a la Constitución y a las leyes. Más en ésta Constitución de 1869 que contiene en su Título I un gran catálogo de derechos y libertades.

Importante novedad supone ésta inclusión en el texto constitucional de 1869 de una serie de derechos y libertades que sólo pueden ser limitados si media una previa intervención judicial y suspendidos por una Ley en situaciones excepcionales, tal y como contemplaba el artículo 31.

Aparte de esa referencia a la exigencia de una Ley para que se puedan suspender los derechos y libertades ciudadanas, existen otros preceptos en los que se hace mención a la necesidad de una Ley para llevar a cabo la regulación de determinadas materias.

Son las materias tradicionales en el constitucionalismo español, la que se prevé en el artículo 73 y que hace referencia al ámbito tributario, la del artículo 74 que exige Ley para que se pueda disponer de los bienes propiedad del Estado y para la emisión de deuda pública, etc.

En este aspecto de las materias que deben ser reguladas por Ley, la novedad importante que acoge la Constitución de 1869 es la que comentábamos: la referente a la necesidad de Ley para la suspensión de los derechos y libertades reconocidas en el Título I.

Son importantes estas previsiones constitucionales porque nos dan una medida más o menos fiable de dos parámetros distintos: primero, del avance del reconocimiento de los derechos y libertades públicas en nuestro país y, segundo, de la configuración cada vez más extendida de la figura de la reserva de Ley a la defensa de los derechos y libertades que se reconocen a los ciudadanos y que se opta por proteger de una manera más eficaz, reservando su regulación a la Ley.

De todos modos, se echa en falta, de nuevo en esta Constitución, una mayor protección de la propiedad privada, lo que sorprende en una Constitución tan liberal como es ésta y lo que supone también que no sea equiparable la operatividad de la reserva de Ley española con su homónima alemana.

En líneas generales, debemos decir que la configuración de la reserva de Ley sigue establecida en materias concernientes a las prestaciones obligatorias que los ciudadanos deben efectuar en beneficio de los intereses generales en su doble vertiente de prestaciones económicas y prestaciones personales, así como a la protección de esos derechos fundamentales que, poco a poco, se van reconociendo a los ciudadanos.

En esas materias no puede intervenir el Reglamento. En el resto de materias, en principio, los reglamentos deben limitarse a desarrollar las previsiones

que se contengan en las normas legales, convirtiéndose así la norma reglamentaria en el fiel escudero de la Ley.

3.5.2. La realidad normativo-social

Nos parece oportuno seguir insistiendo en la posibilidad que sigue contemplando la Constitución de 1869 de intervenir en materias amplias para mantener el orden público conforme al art. 69, el cual sigue reconociendo al Monarca tal potestad. También en esa misma línea se expresa el art. 18 cuando afirma que toda reunión pública estará sujeta a las disposiciones generales de policía, lo cual responde claramente a ese intento estructural del poder público en España de instaurar una cláusula de orden público.

Siguiendo con esta línea de pensamientos, no hay que olvidar lo que fue una constante durante la etapa isabelina, la gran represión que se ejerció en la época por parte de la Sección de Orden Público, llegando incluso a redactar curiosos informes sobre los personajes públicos que se pensaba podían alzarse contra el Gobierno. En los citados informes se contenían incluso notas frenológicas de antropología criminal muy al gusto de la época en las que se trataba de identificar el carácter de las personas investigadas por los rasgos físicos de las mismas.⁷⁷

Por lo tanto, si bien es cierto, como comentábamos más arriba, que la Constitución reconocía más derechos que las anteriores y que suponía un avance en este terreno, la realidad social caminaba por distintos derroteros; iba cada vez más al margen de la Constitución, como fue característica principal en todo el siglo XIX. Las intenciones iniciales de los redactores del texto constitucional eran muy loables, imbuidos por los aires revolucionarios y de modernidad que soplaban allende nuestras fronteras. Sin embargo, a medida que se avanza en el reinado de Isabel II, la situación política se va enquistando, como también solía suceder en nuestro país en aquellas fechas.

El Gobierno de turno sentía la necesidad de ejercer una gran represión de los sectores enfrentados a su política, que no eran pocos, como única forma de obtener una continuidad de la vida pública y de poner en práctica de una forma más longeva sus particulares proyectos políticos.

⁷⁷ Los citados informes se conservan en el Archivo General de Palacio, Sección Histórica, legajo 130. Véase el Capítulo que dedicado a la Sección de Orden Público a fines del reinado de Isabel II escribe JAVIER ALVARADO PLANAS en el libro colectivo "Poder, Economía, Clientelismo", op., cit., donde se reproducen dos interesantes informes policiales de la época.

En el terreno normativo, esta situación se traduce en una utilización abundante de la figura del Decreto como forma de Gobierno. Se inventan diferentes técnicas para evitar en lo posible el tener que someterse al control del poder legislativo y, consecuentemente, a que la labor que llevaba a cabo el Gobierno pudiese ser fruto de debate público en las Cámaras.

De esta manera, la potestad reglamentaria va cada vez menos ligada a la Ley. Es cierto que son difíciles todavía los casos en los que podemos encontrar reglamentos que regulen materias totalmente al margen de la Ley y que, por tanto, puedan ser calificados como independientes. Sin embargo, materialmente sí que se desvían ciertamente de las previsiones contenidas en las leyes, se desvían de lo que es su justificación última constitucionalmente expresada, cual es la de ejecutar las leyes, aduciendo siempre razones del mismo calado, que podrían reconducirse todas ellas al *peculiar* mantenimiento del orden público o cualquier otro engarce que justificase su escaso sometimiento al orden de competencias normativas constitucionalmente establecido.

3.6. La Constitución de 1876

3.6.1. La previsión normativo-constitucional

La Constitución de 1876 es, hasta hoy, la más longeva de todas nuestras normas constitucionales.

Desde el punto de vista de las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, se vuelve en esta Constitución a la fórmula de otorgar de una manera compartida la potestad de hacer las leyes a las Cortes y al Rey. Así se prevé en el artículo 18. Las Cortes, siguiendo la tradición de la mayoría de nuestras constituciones, no seguida tan sólo por la de Cádiz y por la de la Segunda República, son bicamerales.

Si en el citado artículo 18 expresa quiénes son los órganos encargados de llevar a cabo la labor legislativa, es en el artículo 50 donde se regula la potestad ejecutiva, la cual se atribuye al Rey, utilizando la consuetudinaria fórmula constitucional tradicional. Concretamente, dice el artículo 50: “La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes”.

Además de tener atribuida la potestad ejecutiva en los mismos términos que en constituciones anteriores, el Rey también tiene competencias para sancionar y promulgar las leyes, según el artículo 51, llegando estas facultades hasta el extremo de poder negarse a sancionar un proyecto de Ley que le presenten las Cortes, tal y como se recoge en el artículo 44.

Como vemos, se amplían de nuevo las potestades regias, las cuales habían disminuido en la Constitución de 1869 al no reconocérsele en aquella Constitución la potestad, compartida con las Cortes, de ejercer la potestad legislativa. Sin embargo, paralelamente a ese aumento de las prerrogativas regias, también se produce una mayor limitación de las materias sobre las que puede intervenir el Monarca, puesto que las materias reservadas a la regulación inicial por una Ley son considerablemente mayores.

Efectivamente, son muy numerosas las llamadas a la regulación por Ley de determinadas materias que se contienen en el texto constitucional de 1876.

En este sentido, es el Título I, que lleva por nombre “De los españoles y sus derechos”, el que contiene un mayor número de remisiones a las leyes para el desarrollo de los derechos que se prevén en dicho Título.

Las causas de esta ampliación considerable que sufre la institución de la reserva de Ley en esta Constitución se encuentran en dos hechos intrínsecamente relacionados. En primer lugar, en el intento de frenar la cada vez más pujante potestad reglamentaria del poder ejecutivo que se traducía en la práctica en la aparición de multitud de reglamentos en el espectro del ordenamiento jurídico e inversamente una pérdida de poder de regulación cada vez mayor de la norma legal. De esta forma, con la expansión de la reserva, se intenta proyectar ésta hacia los ámbitos que han sido los tradicionales de la misma en nuestro Derecho; al ámbito de la libertad y el de la propiedad genéricamente y al ámbito de las prestaciones personales y patrimoniales más concretamente.

En segundo lugar, y como consecuencia indisoluble de la afirmación anterior, se puede explicar este hecho en el reconocimiento de un número mayor de derechos individuales a los ciudadanos en esta Constitución gracias a las progresivas conquistas que en este terreno se producen en aquellas fechas y en la necesidad de que el desarrollo legal en cuanto a la regulación de los mismos se haga por Ley, tal y como había sido la opción elegida por nuestros textos constitucionales decimonónicos.

Las numerosas reservas a las que estamos haciendo alusión comienzan en el artículo 3, incluido en el Título primero correspondiente a los derechos de los españoles, con la referencia de que “todo español está obligado a defender la patria con las armas, cuando sea llamado por la ley...” para seguir afirmando el precepto que “nadie está obligado a pagar contribución que no esté votada por las Cortes”. Como vemos, ya en los primeros artículos del texto constitucional se pone bien de manifiesto la reserva a la Ley para la regulación de las materias que afectan a las prestaciones personales y económicas de los ciudadanos.

En el artículo 4, por su parte, se prevé una reserva de Ley referida al ámbito de la libertad, al establecerse que “ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”. Previsión importante la que se expresa en el artículo 4, no siempre cumplida con el rigor que se merecía.

El artículo 6 proclama la inviolabilidad del domicilio, que sólo podrá ser allanado “...en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes”.

El 9 establece la necesidad de una Ley para obligar al cambio de domicilio.

El importante artículo 10 proclama la prohibición de confiscación y reconoce la posibilidad de expropiación bajo pago de una indemnización. Se contienen, por tanto, unas previsiones mucho más completas en esta Constitución en materia de expropiación forzosa, lo cual no había sido norma común en constituciones anteriores, produciéndose, lógicamente, una mayor protección en esta norma constitucional en esa materia y completándose de esa forma la figura de la institución de la reserva de Ley española al quedar referida a materias que inciden en la libertad y en la propiedad de las personas.

El artículo 12 reserva de igual modo a la Ley la creación de centros de enseñanza privada y la regulación del funcionamiento y los deberes de los profesores de enseñanza pública.

Por último, se establece en este Título I una cláusula de cierre en el artículo 14 en la que se dice que “las leyes dictarán las reglas oportunas para asegurar a los españoles en el respeto recíproco de los derechos que este título les reconoce, sin menoscabo de los atributos esenciales del poder público”.

No obstante, no acaba el Título I con esa cláusula de cierre contenida en el artículo 14 sino que finaliza el mismo en el artículo 17 con dos previsiones más en cuanto a materias reservadas a la Ley. Así, se contiene una reserva específica en el artículo 16 en favor de la regulación por norma legal de la materia penal. De igual modo, se establece a modo de epílogo en el artículo 17 la obligación de que sea una Ley la que proceda, en su caso, a la suspensión provisional de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Si bien es cierto que la fórmula de limitación de la suspensión de esos derechos reconocidos a los españoles está todavía muy poco depurada por la amplitud de supuestos que pueden caer dentro de la misma y la remisión absolutamente en blanco que se hace en favor, eso sí, de la norma legal. También es cierto que se pone un freno a las posibles intervenciones del poder ejecutivo en base a esa cláusula que aquí hemos denominado *de orden público* que se contienen en favor del poder ejecutivo en las constituciones españolas del siglo XIX.

Pero no sólo encontramos reservas de Ley en el Título I de la Constitución de 1876, ya que, como hemos apuntado con anterioridad, esta Constitución, al igual que el resto de las que suceden a la de Cádiz de 1812, no opta por el sistema de regular todas las materias reservadas a la Ley en una lista contenida en un precepto, tal y como hacía la Constitución gaditana, sino que podemos encontrar esas referencias desperdigadas por el articulado de las mismas, sistemática seguida por nuestra Constitución actualmente vigente, que ha heredado esa fórmula consuetudinaria española en este aspecto concreto.

En este sentido, encontramos algunas otras reservas importantes a la Ley en preceptos tales como el 78, que establece la obligatoriedad de que sea una Ley la que regule todo lo referente a la planta judicial.

También el artículo 84 establece una reserva de Ley para la regulación de la organización de los Ayuntamientos y las Provincias.

Estas eran las materias que la Constitución de 1876 reservaba a la Ley. Sobre ellas no podía el poder ejecutivo, en principio, dictar reglamentos independientes. Tan sólo le queda la posibilidad de dictar reglamentos ejecutivos de las leyes para completar la regulación de una materia, tal y como se prevé en el artículo 50.

Por tanto, constitucionalmente, no son posibles los reglamentos independientes, porque la potestad reglamentaria debía quedar referida en

todo caso a la colaboración con la Ley, a la ejecución de las previsiones generales que las leyes contenían. Esta es la solución que acogen todas nuestras constituciones del siglo pasado. Al poder ejecutivo le quedaba, por mediación del Rey, presentar un proyecto de ley ante las Cortes si pensaba que era necesaria la regulación de una determinada materia, cosa que hacía frecuentemente, ya que contaba con el reconocimiento de iniciativa legislativa. Sin embargo, la práctica caminaba por derroteros bien distintos. Sin que podamos decir que era frecuente el dictado de reglamentos independientes, lo cual no lo era, sí que diremos que en muchas ocasiones la regulación que se contenía en las normas reglamentarias que dictaba el ejecutivo no era una complementación visible de las normas legales.

3.6.2. La realidad normativo-social

El período que va de finales del siglo XIX a principios del siglo XX sigue caracterizándose por la enorme agitación social que vive instalada desde años atrás en la Sociedad española. Como remedio a ese endémico mal que ataca nuestra convivencia en común, se ensayan fórmulas políticas que traten de paliar esta situación. De este modo, Cánovas del Castillo acuña lo que posteriormente se dio en llamar “el turno de partidos”.

“El turno de partidos” no era otra cosa que una manera como otra cualquiera de manejar los resortes del poder en favor de los dos partidos mayoritarios, de las dos tendencias sociales más enraizadas en nuestro país, moderados y liberales, durante un número determinado de tiempo cada uno de ellos en turnos sucesivos para tratar de calmar los ánimos de unos y otros y los deseos irrefrenables de estar montando un levantamiento contra el Gobierno de distinto signo en cualquier momento o, incluso, emprender una guerra civil. En definitiva, con la implantación del turno de partidos, se trata de mantener contentos a todos bajo la promesa de que ambos “bandos” (palabra de enorme significado y calado en la historia política de nuestro país) tendrán la posibilidad de alternarse en el ejercicio del poder y llevar de esta manera a la práctica las políticas que crean más convenientes sin necesidad de intrigas y violencias que vulneren el orden constitucionalmente instituido.

Como es lógico y ha sucedido a lo largo de todos los períodos históricos, la situación social que se da en un momento determinado en un país concreto influye notablemente en el ordenamiento jurídico del mismo.

Por lo que hace referencia a las relaciones entre la Ley y el Reglamento, aunque constitucionalmente se sigue intentando encorsetar la potestad

reglamentaria en torno a la figura del Reglamento ejecutivo en la tónica habitual de toda la centuria, lo cierto es que en la práctica no todos los reglamentos que se dictan por el poder ejecutivo son exactamente una prolongación de la regulación contenida en las leyes que están obligados a completar.

Ahondando en los motivos que propician esta circunstancia, debemos subrayar que es cada vez más público y notorio la incapacidad que tiene el Parlamento para pronunciarse sobre cuestiones varias, debido a la incapacidad técnica de muchos de los miembros de la citada institución y a la lentitud que caracteriza su funcionamiento. De este modo, el poder ejecutivo, unas veces motivado por lo que acabamos de comentar y otras por la irresistible tentación inherente al ejercicio del poder de escapar del control de las distintas instancias, ve aumentada su capacidad normativa y ampliadas las materias sobre las que se proyecta esa capacidad normativa.

Como resultado de las previsiones normativo-constitucionales y de la realidad social que acabamos de ver, nos encontramos con que ambas están un poco separadas en cuanto a las previsiones y a los objetivos que persiguen. Por un lado, la práctica nos muestra como se produce una progresiva expansión de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo. Por otro lado, las sucesivas constituciones intentan aumentar el número de materias reservadas a la Ley como reacción ante ese excesivo protagonismo normativo que el poder ejecutivo empieza a adquirir en detrimento del poder legislativo. No debemos olvidar que la recepción en España de cuestiones tales como la clasificación de los reglamentos efectuada por Lorenz Von Stein, que por esta época ya se conoce y se defiende por nuestra doctrina, no es una casualidad, sino que responde a la progresiva conceptualización material de la Ley frente a la inicial concepción formal rígida de los primeros tiempos revolucionarios y a la necesidad de explicación de categorías nuevas que sirven de apoyo a la explicación de las diferentes relaciones que empiezan a darse entre la Ley y el Reglamento.

Posteriormente, con el transcurrir de los años se va a proclamar la victoria del poder ejecutivo sobre el legislativo, no sólo en España sino en el resto de países europeos, incluso modernamente en el país de la Ley con mayúsculas, en el Reino Unido. Hasta tal punto esto es así, que algunos autores opinan que la recuperación del protagonismo del poder legislativo en la creación de normas jurídicas con efectos *ad extra* es uno de los mayores problemas que tiene planteados hoy el Derecho público y que constituye una auténtica lucha por el Derecho.

3.7. El Anteproyecto de Primo de Rivera de 1929

El anteproyecto de 1929 llevado a cabo bajo la Dictadura de Primo de Rivera supone, junto al Estatuto Real de 1834 y al Proyecto de Bravo Murillo de 1852, la única excepción al modelo tradicional de relaciones entre la Ley y el Reglamento.

El Anteproyecto acoge en su seno también la institución de la reserva de Ley para la regulación de determinadas materias, pero atribuye al Rey, como jefe supremo del poder ejecutivo, las siguientes competencias:

- Una potestad de emitir Reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de leyes regulada en el artículo 70, apartado 5º del Anteproyecto.

Hasta aquí nada se aparta de la tradicional concepción de la potestad reglamentaria, circunscrita a la ejecución de las leyes.

- La facultad de emitir normas obligatorias en materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa.

Como vemos, esta previsión contenida también en el artículo 70, apartado 5º del Anteproyecto se aparta completamente de lo que ha sido una constante en nuestra historia constitucional. Con esa facultad que le reconoce al poder ejecutivo en el Anteproyecto se le está dotando de la facultad de dictar normas que efectúen una regulación no supeditada a la Ley, sino independiente de la misma. De esta forma, el Reglamento puede entrar a regular ex novo todas aquellas materias no reservadas a la Ley.

Como podemos observar, lo que decíamos más arriba cuando comentábamos que el poder ejecutivo cada vez iba tomando mayor protagonismo en la creación normativa en perjuicio del legislativo se confirma en la regulación que de la relación entre ambos poderes y entre las normas que dictan ambos poderes pretende hacer el Anteproyecto de Primo de Rivera.

Es evidente que en este caso, lo que se pretende es fortalecer el poder ejecutivo en consonancia con la ideología política que sostenía a dicho régimen.

3.8. La Constitución de 1931

3.8.1. Las previsiones normativo-constitucionales

La primera idea que nos gustaría poner de manifiesto en cuanto a la Constitución de 1931 es que ésta es una Constitución recia, dura en sus planteamientos, contundente en sus expresiones y fiel, hasta límites insospechados, a la idea de Estado que pretende instaurar en España.

Como prueba de la afirmación que acabamos de hacer podemos tomar dos ejemplos bien representativos. Así, en el primer artículo de la misma ya se hace una definición tajante de la concepción de Estado que en esa nueva etapa se tiene al afirmar que “España es una República democrática de trabajadores de toda clase”. Pero es que en el artículo tres se va aun más lejos si se tiene en cuenta el contexto histórico en el que nos movemos.

Se establece en este precepto que “El Estado español no tiene religión oficial”. La osadía para la época es de las gordas.

Asimismo, como segundo botón de muestra podemos citar la previsión que se hace en el artículo 44 en el sentido de reconocer la posibilidad de no indemnizar en caso de expropiación con la aprobación de la mayoría absoluta de las Cortes, unicamerales, igual que en la Constitución gaditana de 1812. Esa previsión encaja perfectamente con el concepto de propiedad que se tiene en ese Estado nuevo que emerge en 1931.

Centrándonos ya en la regulación que de las relaciones entre la Ley y el Reglamento se acoge en esta norma constitucional, debemos decir que la Constitución de 1931 sigue la fórmula tradicional de reconocer potestad reglamentaria al poder ejecutivo para la ejecución de las leyes. Pero además se desprende del texto constitucional la preocupación porque el ejecutivo cumpla escrupulosamente con esta previsión, quizás como reacción ante el sistema precedente que tanto reforzó el ejecutivo.

Como novedad importante debemos señalar que la Constitución de 1931 es la primera que regula expresamente en nuestros textos constitucionales la institución del Gobierno, dedicándole el Título VI.

Aunque la constitución de 1931 habla de materias reservadas a la competencia de las Cortes en los artículos 61 y 80, realmente no se cita ninguna en concreto en esos preceptos. Sin embargo, se puede deducir que las materias reservadas a la Ley son ilimitadas e indefinidas, debido a la

concepción del poder reglamentario que se contiene en los preceptos que se refieren a dicho poder en la Constitución. Además, para asegurar más todavía lo que acabamos de afirmar, debemos traer a colación aquí la famosa enmienda de Royo-Villanova para quien la potestad reglamentaria “...debe mantenerse siempre dentro de los límites marcados por las leyes, lo cual explica que se llame al poder que las ejecuta, poder ejecutivo, sin que sea lícito dar pretexto siquiera a que éste pueda salirse de la órbita marcada por la legislación...” Con esta enmienda Royo-Villanova consigue que se suprima del artículo 90 un último y peligroso inciso que otorgaba al Consejo de Ministros la posibilidad de emitir reglamentos para “la buena marcha de la Administración”.

De este modo, se establece en el artículo 79 que “el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, expedirá los decretos, reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de las leyes”. Por su parte, el artículo 90 afirma que “corresponde al Consejo de Ministros...elaborar los proyectos de ley; dictar decretos; ejercer la potestad reglamentaria...”, sin que aparezca en el precepto ninguna mención, ni siquiera inducción a pensar que existe un poder reglamentario autónomo.

Como vemos, la Constitución de 1931 pretende servir fielmente a los postulados de la separación de poderes entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Sin embargo, debemos seguir escarbando dentro de su articulado para ver cómo se manifiestan estas relaciones en el texto constitucional. En este sentido, es necesario analizar las previsiones que se establecen en los artículos 61 y 80.

El artículo 61 establece que “el Congreso podrá autorizar al Gobierno para que éste legisle por Decreto, acordado en Consejo de Ministros, sobre materias reservadas a la competencia del Poder legislativo”. En el inciso final del precepto se establece que las normas que dicte el poder ejecutivo en estas materias deben adaptarse a las bases establecidas previamente por el Congreso.

Está perfectamente claro que la figura que se regula en el artículo 61 es la que hoy conocemos con el nombre de Decreto-legislativo y que también se prevé en la Constitución de 1978.

Por otra parte, el artículo 80 acoge la figura del Decreto-ley, instituto que no es desconocido tampoco por la Constitución española de 1978.

Tanto el Decreto-legislativo como el Decreto-ley tienen en común el hecho de que son normas dictadas por el poder ejecutivo y que, sin embargo, tienen fuerza de Ley.

Resulta evidente que ambas figuras, en este sentido, suponen una quiebra de la originaria concepción de la doctrina de la división de poderes, tal y como tras el triunfo de la Revolución francesa había sido concebida.

Para Montesquieu resultaba inconcebible que el poder ejecutivo pudiese dictar normas con fuerza de Ley.

Por tanto, ¿qué lleva al constituyente de 1931 a aceptar y constitucionalizar estas dos herramientas jurídicas, en una Constitución que, como ya hemos comentado con anterioridad, pretende circunscribir la potestad reglamentaria del Gobierno y subordinarla plenamente a la legislación, a las normas emanadas del poder legislativo?

Desde nuestro modesto punto de vista, la respuesta pudiera ser la que a continuación expresamos. Como decimos, ambas figuras tienen cosas en común y también diferencias. Entre las cosas que les asemejan se encuentra el hecho de que en la utilización por parte del poder ejecutivo de las dos herramientas que estamos comentando se reconoce en favor del poder legislativo una serie de controles que bien a priori, bien a posteriori, dejan en manos de la representación popular elegida en las urnas la posibilidad de pronunciarse acerca del uso que el poder ejecutivo ha efectuado de ambas figuras. Así, en el Decreto-legislativo, es el Congreso el que, basándose en motivos de distinta índole, como por ejemplo razones técnicas, de seguridad jurídica, etcétera, marca la pauta y el camino a seguir en cuanto a la regulación de la materia de que se trate al poder ejecutivo. Por tanto, se establecen unas directrices a priori que deben ser respetadas por el ejecutivo, por lo que en ningún caso se puede hablar de que exista una remisión en blanco en favor del poder ejecutivo, si bien es cierto que la intensidad de la delegación puede ser mayor o menor. Además se establecen una serie de controles adicionales reconocidos en favor del poder ejecutivo para que este pueda comprobar si, efectivamente, el poder ejecutivo ha respetado en el uso de esta delegación las directrices o bases marcadas a priori por el legislativo, sin perjuicio de los controles que sobre la norma emanada por el ejecutivo pueda llevar a cabo a su vez los Tribunales de Justicia.

Por su parte, el Decreto-ley es una norma con fuerza de Ley que dicta el poder ejecutivo para regular situaciones de extrema urgencia que no es

posible normarlas por el poder legislativo, ni siquiera acudiendo al procedimiento de urgencia de elaboración de normas legales. Pero si bien es cierto que se le reconoce esta posibilidad al ejecutivo, el uso o ejercicio que el mismo hace de ella no queda exento de un posterior control del poder legislativo, ya que, una vez aprobado el Decreto-ley, el Gobierno debe someterlo en un determinado plazo, que suele ser breve, al conocimiento de las Cámaras para que tengan la posibilidad de conocer la acción llevada a cabo por el ejecutivo mediante el dictado de ese Decreto-ley. De esta forma, las Cámaras pueden pronunciarse sobre la oportunidad o no de esa norma. Así, pueden convalidarla, tramitarla como una Ley o invalidarla. De todos modos, lo que nos interesa resaltar es que se le otorgan unas facultades de control a posteriori al poder legislativo.

Pues bien, por todo lo dicho, podemos afirmar que la constitucionalización de estas dos figuras, Decreto-legislativo y Decreto-ley, no sólo no se aparta de esa intención de tener más controlado al poder ejecutivo sino que tiene por finalidad servir fielmente el cumplimiento de ese objetivo de dotar de una superioridad real a las normas emanadas del poder legislativo.

Recordemos que el poder ejecutivo de la época, en fenómeno que era común a diferentes países, hace un uso cada vez más desvirtuado de sus capacidades normativas, por la vía del progresivo aumento del dictado de normas reglamentarias con mayores ámbitos de apoderamiento debido a la dejación de funciones que hacía el Parlamento, quien, incapaz de abordar de una manera razonable el cada vez mayor número de competencias que se le otorga por parte de la Constitución, remitía prácticamente en blanco la regulación de determinadas materias.

Por este motivo, la constitucionalización de dos figuras como el Decreto-ley y el Decreto-legislativo se efectúa como intento de someter de una manera más firme al ejecutivo.

De este modo, se acepta sin mayores problemas que, en determinados supuestos, es mejor que sea el poder ejecutivo, más ágil y dotado de agentes administrativos más preparados desde un punto de vista técnico, el encargado de llevar a cabo la regulación de determinadas materias o situaciones, siempre que el Parlamento se reserve algún tipo de control sobre la regulación que lleva a cabo el ejecutivo.

Además se fortalece la garantía de la superioridad del poder legislativo sobre el ejecutivo con la creación por primera vez en nuestros textos constitucionales de un sistema de Justicia constitucional, que vela por el

cumplimiento de las leyes dictadas por el legislador e, incluso, de que el propio legislador, al igual que el resto de los poderes públicos, se sometan a los principios y al sistema jurídico que la Constitución regula, como consecuencia del reconocimiento del valor de norma legal superior y directamente aplicable que se empieza a tener acerca de la Constitución debido a los trabajos de Kelsen. En la práctica la creación del Tribunal de Garantías lo que hace es reforzar el control sobre el legislativo, pero también y sobre todo, sobre el ejecutivo, ya que las normas con rango de ley (Decretos-legislativos y Decretos-leyes) que éste dicte podrán ser controladas adicionalmente por el Tribunal de Garantías.

Una vez que se llega a aceptar esas premisas, se prefiere que esa regulación que lleva a cabo el ejecutivo pueda ser controlada institucionalmente por el legislativo, quien se reserva en todo caso, la posibilidad de establecer controles diversos sobre esa actividad, cosa que no ocurre en los supuestos en los que el ejecutivo dicta normas reglamentarias, sin valor de Ley, las cuales están desprovistas de esos controles parlamentarios. En definitiva, por lo que se opta es por reconocer ciertas potestades, mayores de las habituales, al poder ejecutivo con tal de tenerle más controlado, reservándose el legislativo la última palabra en cuanto a la posibilidad de controlar el ejercicio de las potestades que se le reconocen al ejecutivo.

Por otra parte, es interesante destacar la organización territorial del Estado que se lleva a cabo en la Constitución de 1931, con la posibilidad que se reconoce de que las regiones que así lo deseen puedan alcanzar un grado notable de autonomía. Así, se expresa en el artículo 8 que “el Estado español..., estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía.”

Resulta relevante resaltar la novedosa fórmula de organización territorial que se acoge en esta Constitución porque supone que, por primera vez en nuestra historia constitucional, van a surgir unos entes territoriales dotados de personalidad jurídico-pública y plena capacidad de obrar y que para el efectivo cumplimiento de sus respectivos fines se les va a reconocer unas potestades normativas, tanto legislativas como reglamentarias, situándose, por tanto, en un plano de igualdad con respecto a la Administración central. Esto lleva aparejado la necesidad de articular un sistema complejo de relaciones entre las normas que dictan unos y otros entes, puesto que las mismas no pueden estar basadas en el principio de jerarquía, sino en el principio de competencia. De este modo, se dedica el Título I a la distribución de competencias entre el Estado central y las novedosas regiones autónomas. El artículo 14 regula las competencias exclusivas en

favor del Estado, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el punto de vista de la ejecución.

El artículo 15 recoge las materias que son de competencia exclusiva del estado desde el punto de vista legislativo pero sobre las que las regiones autónomas pueden asumir competencias de ejecución.

Por su parte, el artículo 16 se hace eco de las materias que corresponden exclusivamente a las regiones autónomas. La delimitación se hace desde un punto de vista negativo. Así, se establece que podrán ser de competencia exclusiva de las regiones autónomas aquellas materias que no estén en el artículo 14 o el 15. Por tanto, las materias que no se contengan en el artículo 14 o en el artículo 15 no son atribuidas a la competencia exclusiva de las regiones automáticamente, sino que lo serán en la medida que sean asumidas voluntariamente por las propias regiones con ese carácter.

Por último, el artículo 21 se configura como la cláusula de cierre del sistema al establecer la prevalencia del Derecho estatal en todo lo que no esté atribuido exclusivamente a las regiones. ¿A qué suena la música?

Como vemos, el sistema, a pesar de su fracaso en la práctica, motivado más por factores externos al propio sistema que por la maldad o bondad intrínseca del mismo, ha servido de inspiración en algunos aspectos a regulaciones posteriores como la contenida en la Constitución española de 1978.

También debemos subrayar como elemento esencial de las previsiones normativas que se contienen en la Constitución de 1931 la regulación de los derechos de los ciudadanos españoles.

Es el Título III el que se dedica a dicha regulación. La fórmula de protección y garantía de los mismos es la tradicional en el constitucionalismo español, es decir, la reserva a la regulación por la Ley de este tipo de derechos. Pero, además, se establece una protección adicional en el sentido de que se prevé la posibilidad de suspensión de los derechos que se reconocen en los artículos 25 a 42 si así lo dice una ley aprobada por el Congreso, nada diferente de lo que se preveía en constituciones anteriores.

Sin embargo, en ésta se introduce un inciso que supone un mayor reforzamiento de estos derechos ciudadanos al precisar que la suspensión de los mismos se hará siempre con carácter provisional, limitándose su duración en el tiempo y restableciéndose, por tanto, en cuanto sea posible.

Lo que acabamos de comentar, unido a la supresión de esa *cláusula de orden público* que era tradicional en las constituciones decimonónicas hace mucho más difícil la tentación del poder ejecutivo de intervenir en estos derechos con la justificación de salvaguardar genéricamente el interés público y, por tanto, supone una mayor eficacia en la protección de los mismos. El único ámbito en el que se produce un retroceso en cuanto a la protección de los derechos ciudadanos es esa previsión, ya comentada, del artículo 44 en el sentido de establecer la posibilidad de no indemnizar por la expropiación de los particulares si así lo decide la mayoría absoluta del Congreso, previsión del precepto que está en clara consonancia con la concepción social de la propiedad que se adopta en la etapa republicana.

Además de la tradicional reserva de Ley referida a las materias que afectan a los derechos reconocidos a los ciudadanos, podemos encontrar en el texto constitucional republicano otras típicas materias que deben ser reguladas primariamente por la Ley. Así, las materias que se refieren al establecimiento de impuestos o a la disposición de las propiedades del Estado o la emisión de deuda pública por parte del Estado.

3.8.2. La realidad normativo-social

Hubo tres problemas graves a los que tuvo que hacer frente la República y que fueron, la conjunción de los mismos, la causa del desastre que sobrevino posteriormente. En primer lugar, el problema regional. En efecto, ciertas partes de España anhelaban el reconocimiento de competencias para dirigir su propia zona geográfica como reacción al régimen absoluto que había precedido a la II República y como consecuencia también de que, desde 1898, había empezado a germinar en algunas partes de España un sentimiento nacionalista basado en el intento circense de no asumir la decadencia del otrora Gran Imperio. Ese es el caldo de cultivo apropiado para que algunos personajes de estas regiones encuentren una buena fórmula de medrar socialmente con la venta del producto nacionalista, que incluso en nuestros días tiene un éxito razonable entre aquellos sectores de la población poco dados a coger aviones o a viajar por las autopistas y a pensar, por tanto, que lo único que conocen, lo suyo, es lo mejor.

El caso es que el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de dar una respuesta a estas exigencias debido a las presiones que ejercen las regiones con ansias de autonomía. Así, se tiene que ensayar una forma de “Estado integral” en el que se reconocen ciertas competencias a las regiones. La realidad es que no se produce una descentralización real, asumiendo las

regiones competencias escasas y poco importantes. El resultado es el fracaso de la fórmula integral por la insatisfacción que el sistema produce en las regiones autónomas, las cuales esperaban obtener más poder real.

El segundo problema grave con el que se tiene que enfrentar la II República es el religioso. En este ámbito la solución jurídica que se adopta es de una dureza extrema si se tiene en cuenta la época en la que nos encontramos y el enorme peso específico que la Iglesia sigue manteniendo en nuestro país, donde, sin lugar a dudas, es todavía un poder fáctico importante. La Constitución de 1931, como decimos, deja bien claro la ruptura existente entre el Estado y el Clero en los artículos 3 y, sobre todo, 26.

El tercer problema importante con el que se enfrenta la II República es el problema social que se vive en las regiones del norte de España, con los levantamientos de Asturias y la conflictividad laboral con la que a diario se convive.

El resultado de toda esta situación social ya sabemos cuál fue, lamentablemente.

Debemos, sin embargo, preguntarnos si a ello contribuyó en alguna medida la distribución de poderes que se contiene en la Constitución de 1931. Pues bien, pensamos que fue otro de los factores que ayudó a que las circunstancias finales fueran las que fueron. Como decíamos más arriba, la Constitución de 1931 estuvo muy preocupada por hacer prevalecer al poder legislativo en detrimento del ejecutivo, al que se le intentó encorsetar en sus funciones puramente ejecutivas de la actividad legislativa, sin reconocérsele facultades adicionales autónomas de dirección más rígida. El sistema electoral y los continuos cambios de Gobierno tampoco ayudaron demasiado.

En definitiva, lo que queremos poner de manifiesto es que el poder ejecutivo se encontraba capitidisminuido y que ello contribuyó a que no pudiese manejar las circunstancias que sobrevinieron ni con la firmeza ni con la agilidad que hubiese sido deseada.

Resulta, en este sentido, extraño que no se le reconociesen potestades más discrecionales al poder ejecutivo, ya que la forma de Estado era la República y la forma de Gobierno era presidencialista. Sin embargo, y a pesar de que el Jefe del Estado era elegido democráticamente por los ciudadanos no contaba con potestades suficientes como para contrarrestar el enorme poder que se le otorga al Parlamento. A ello ayudó quizás el

fortalecimiento del principio democrático por el que se abogó, el cual tuvo una traducción práctica en la instauración, por primera vez en nuestra historia constitucional, del sufragio universal para hombres y mujeres. No se le reconoce la potestad de dictar reglamentos propios que no estén tan subordinados a las normas legales. No tienen sitio, por tanto, los reglamentos independientes en la Constitución de 1931. Se efectúa una regulación tradicional de la potestad reglamentaria, referida a la ejecución de las leyes, con la única novedad de la constitucionalización de las figuras de los Decretos-legislativos y de los Decretos-leyes.

La del 31 es una Constitución genuinamente española. Visceral en sus planteamientos, firme en sus construcciones, respetuosa con algunas de nuestras costumbres más arraigadas, influida por doctrinas foráneas y, finalmente, como siempre, poco respetada e incapaz de resolver los problemas del país, más por factores exógenos que propiamente endógenos de la propia norma.

3.9. Justificación de no incluir en esta sección Las Leyes Fundamentales del régimen franquista.

A pesar de que tanto el sistema franquista como la doctrina de esta época influye en el debate que se produce en los meses anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978 en torno a la modalidad y fórmula de regular las relaciones entre la Ley y el Reglamento que se va a acoger en el texto final, el análisis de este período, parafraseando a Baño León, “...ofrece poco interés...en la medida en que las leyes carecen de toda legitimidad democrática”.⁷⁸

Efectivamente, en este período no existe texto constitucional alguno, por mucho que se pretenda equiparar las Leyes Fundamentales del régimen franquista con textos constitucionales.

Lo único que se puede comentar respecto al juego de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en este período de nuestra Historia es el amplio margen de maniobra en cuanto a la regulación de un notable número de materias que se dejaba en manos del poder ejecutivo. Se fortalecía a éste en detrimento del poder legislativo, el cual tampoco contaba, evidentemente, con ninguna legitimidad democrática. Existían materias reservadas a la Ley, como ha sido la constante histórica en nuestro Derecho, pero el poder ejecutivo podía sustraer la competencia del Parlamento en esas materias mediante

⁷⁸ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 85.

procedimientos poco convincentes jurídicamente. Los artículos clave en la materia eran el 10 y el 12 de la Ley de Cortes.

Reflexión final en torno a la cuestión del reparto competencial entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en las sucesivas constituciones españolas anteriores a la de 1978

Haciéndonos eco de las palabras expresadas por Alejandro Nieto en torno a la atribución de competencias en favor del Rey y del Parlamento en las diferentes constituciones españolas del siglo XIX, diremos que la delimitación de su alcance "...es la clave de bóveda del sistema constitucional europeo y, sin embargo, esta cuestión...nunca alcanzó entre nosotros la capital importancia que tuvo en los países vecinos."⁷⁹

Lo cierto es que debemos reconocer, al igual que hace el citado autor, no sin cierto desánimo, que del estudio de las constituciones españolas del siglo XIX no se pueden extraer conclusiones fehacientes, ni sobre la doctrina que adornaba a las mismas ni sobre la práctica normativa que les acompañaba. En efecto, el contexto histórico español no es el mismo que se da en otros países de nuestro entorno, donde el dramatismo de los hechos es la nota característica. "En España no hubo necesidad de hacer rodar físicamente la cabeza de monarca alguno y...el hecho es que apenas si hubo tensiones entre el rey y el Parlamento."⁸⁰

En las diferentes constituciones españolas del siglo XIX encontramos una ambigüedad, deliberadamente calculada en ocasiones, y forzosamente instaurada por la fuerza de las circunstancias históricas en otras en torno a esta cuestión de la distribución de competencias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.

A pesar de haber afirmado lo anterior, podemos señalar que los primeros pasos del Estado constitucional español está impregnados de principios constitucionales no escritos, lo que acerca nuestro sistema más al inglés que al francés, rigidamente escrito, a pesar de lo que la mayoría de los autores han afirmado constantemente. Ya dijimos más atrás que numerosos y notables políticos españoles de las primeras etapas del constitucionalismo español se encuentran notablemente imbuidos y persuadidos por el sistema inglés, ya fuera por pensamientos políticos más o menos desarrollados o por la propia experiencia práctica vivida en las propias entrañas del sistema

⁷⁹ NIETO GARCÍA, A.: "Los primeros pasos..." op., cit., página 168.

⁸⁰ *Ibidem*...

británico. No olvidemos que algunos de nuestros más notables anglófilos vivieron una parte importante de sus vidas en Inglaterra.

Volvemos a traer a colación aquí a Alejandro Nieto y su excelente trabajo para corroborar las palabras y la idea que acabamos de expresar. Dice el citado autor que los constitucionalistas españoles "...no se atrevieron a ir en contra de los textos constitucionales expresos; pero creían en la existencia de otros no escritos a los que se sometían cuando los textos expresos no se lo prohibían; y, en fin, cuando esto sucedía, reclamaban la adaptación de la Constitución escrita a la no escrita."⁸¹

La citada práctica conllevaba la dificultad de determinar cuáles eran los principios constitucionales no escritos que se consideraban como comúnmente aceptados y aceptables, lo que favorecía un cierto grado de incertidumbre. Podemos poner un ejemplo claro de este asunto si nos referimos a la institución de la reserva legal. La misma era aceptada de manera casi unánime. El problema estaba en determinar a qué materias estaba referida, sin que fuese una fórmula válida el invocar la tradición, como en el caso anglosajón, para hallar las materias protegidas por la citada reserva legal. La única materia que tradicionalmente estaba afectada de forma clara en nuestro sistema por la reserva de Ley era la materia tributaria. En el resto de cuestiones, nuestras primeras constituciones se vieron en la necesidad de improvisar, configurándose poco a poco el perfil de la institución de las materias atribuidas en exclusiva al poder legislativo, extendiéndose de manera progresiva a los diferentes derechos que se iban reconociendo en los sucesivos textos constitucionales y al derecho de propiedad de modo más amplio, y no sólo en lo referente a la necesidad de establecer tributos que no tuvieran un carácter confiscatorio. En todo este proceso influyó, sin duda, la influencia que ejerció en la doctrina española las ideas provenientes de Alemania, con el resultado del acercamiento paulatino entre ambos sistemas.⁸²

⁸¹ NIETO GARCÍA, A.: "Los primeros pasos..." op., cit., página 170

⁸² Un ejemplo de la incertidumbre de la que hablamos la encontramos en la obra de ALEJANDRO NIETO, varias veces referida en este apartado. Incluye Nieto dentro de uno de sus párrafos, en la página 171, un extracto de una intervención de Puche en el Congreso el día 7-2-1839 (Diario de Sesiones del congreso de los Diputados 1589). "En mi concepto el Sr. Ministro de Hacienda había resuelto una cuestión que era competencia del Congreso. Pero no le hacía por eso cargo alguno porque es muy difícil determinar en la expedición de los reglamentos e instrucciones los límites de lo que corresponde al Congreso y de lo que corresponde al Gobierno. Esto, en teoría, es muy fácil, porque con decir corresponde todo lo legislativo a las Cortes, todo lo ejecutivo al Gobierno, se dice todo; pero en marcar la línea que divide lo uno y lo otro en la práctica hay mucha dificultad, porque desde el pensamiento que crea la Ley hasta su completa ejecución, hay una porción de circunstancias y trámites que la modifican continuamente; y el Gobierno, que tiene la facultad de formar instrucciones y reglamentos para ejecutarla, da a la Ley la verdadera forma y extensión que exige en los casos diferentes el pensamiento del legislador." Como vemos, es una constante, no sólo en nuestro sistema, las dificultades de establecer

En definitiva, la ambigüedad con la que se pronuncian las diferentes constituciones del siglo XIX acerca del establecimiento y deslindamiento de competencias entre el poder ejecutivo y el poder legislativo parece ser una característica bien heredada por nuestra Constitución, la cual tampoco soluciona de manera definitiva en el seno de su articulado la materia y que, por tanto, debe ser completada con la ayuda de otras interpretaciones, entre las cuales se encuentra la mirada hacia nuestro pasado, leif motif de este apartado inicial de nuestro trabajo.

4. Conclusiones

Lo primero que se puede poner de manifiesto en este apartado es la dificultad del análisis histórico de la relación entre el Reglamento y la Ley en nuestro país debido a una serie de condicionantes muy específicos y determinados. Entre estos factores podemos destacar la ausencia de estudios doctrinales sobre la materia, debido fundamentalmente al poco respeto que se siente por las normas constitucionales, a lo que ayuda la excesivamente corta y turbulenta vida de las mismas. La convulsa situación política y social que se vive en la España del siglo XIX propicia las continuas interrupciones constitucionales, por lo que se hace muy difícil que la doctrina de la época afronte estudios rigurosos acerca de los textos constitucionales.

En el mismo sentido se pronuncia Baño León, señalando la insuficiencia de un estudio sobre la doctrina del siglo XIX para obtener conclusiones fiables en torno a la relación entre la Ley y el Reglamento, cuando apunta que⁸² “resulta...perfectamente explicable que los autores que han intentado comprender el panorama de las fuentes del Derecho en el constitucionalismo español tengan que fiar gran parte de sus conclusiones a intuiciones o al mero análisis de los textos constitucionales...”.

Lo anterior conlleva la necesidad de centrar el estudio sobre las fuentes del Derecho en la España del siglo XIX en la dicción literal de los textos, sin que se pueda obtener mucho apoyo por parte de la doctrina o de la jurisprudencia decimonónica.

las líneas fronterizas de actuación entre un poder y otro. Pero, fundamentalmente, lo que podemos deducir también de este aserto aquí transplantado e incorporado es la benevolencia y la laxitud con la que se acepta la extensión fuera de la Constitución de la capacidad normativa del Gobierno y hasta se justifica los posibles excesos en que pudiera incurrir el ejecutivo a la hora de ejercitar sus competencias, hecho que es una constante en la doctrina española del siglo XIX.

⁸² BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 77

No obstante, del estudio pormenorizado de los sucesivos textos constitucionales del siglo pasado y de la práctica normativa que se generaba en torno a ellos se pueden sacar interesantes enseñanzas, que nosotros intentamos sistematizarlas en las siguientes conclusiones.

1. Existe un reconocimiento generalizado en todas nuestras constituciones a la posibilidad que tiene el poder ejecutivo de dictar normas reglamentarias, en definitiva, de crear Derecho.

2. Esa capacidad que se le reconoce al poder ejecutivo de poder elaborar normas jurídicas para la regulación de determinadas materias se subordina a las normas con rango de Ley emanadas del Parlamento, por lo que los reglamentos que dicte el poder ejecutivo deben quedar circunscritos a la mera ejecución de las leyes. Tan sólo existen tres quiebras a este principio constitucional tradicional español: el Estatuto Real, el Proyecto de Constitución de Bravo Murillo de 1852 y el Anteproyecto de Primo de Rivera de 1929. De ellos, tan sólo estuvo vigente el Estatuto Real por un plazo de algo más de dos años. Los otros dos proyectos nunca vieron la luz de la Gaceta, por lo que la quiebra al principio general del reconocimiento de una potestad reglamentaria ejecutiva y de negación de una potestad reglamentaria autónoma está bastante asentado en nuestros textos constitucionales históricos.

3. Hay determinadas materias sobre las que la Ley es la única norma jurídica que puede pronunciarse, al menos en primera instancia. Esas materias son todas las referentes a las libertades y derechos individuales de los ciudadanos y a la propiedad.

En cuanto a los derechos individuales de los ciudadanos, las distintas constituciones reconocen más o menos derechos dependiendo de las épocas, siendo cierto que a medida que avanzamos en el siglo XIX se va produciendo una ampliación del catálogo de derechos reconocidos.

En este sentido es apreciable la diferencia existente entre los países de Derecho continental y los países anglosajones en cuanto al reconocimiento de los derechos individuales de la persona. En los países de sistema continental los derechos individuales se reconocen en la medida en que esté previsto ese reconocimiento en la Constitución. Sin embargo, en los países anglosajones se considera que los derechos individuales que poseen todos los ciudadanos preexisten al texto constitucional, es decir, la Constitución no es la fuente, el origen, de esos derechos, sino que es la consecuencia de que los mismos existen con anterioridad a la promulgación de la misma.

Si esa es una diferencia clara entre el sistema de Derecho continental y el sistema anglosajón del “rule of law”, la semejanza es también apreciable. En ambos existe una supremacía de la Ley a la hora de regular las materias que inciden en los derechos individuales de la persona, derivada de la superioridad formal que tiene la Ley sobre todo el ordenamiento en los países seguidores del sistema del “rule of law” y derivada de la superioridad material que sobre los ámbitos de la libertad y la propiedad posee la norma legal en los países regidos por el llamado sistema de Derecho continental.

Pues bien, como venimos comentando, son numerosas las materias que se reservan a la regulación por la Ley en las constituciones españolas del siglo XIX, todas ellas reconducibles a la cláusula libertad y propiedad desde un punto de vista abstracto y referidas, desde un punto de vista más tangible, a las prestaciones personales y económicas que los ciudadanos están obligados de efectuar en favor del Estado. En cuanto el Estado tiene reconocida una competencia para imponer este tipo de gravámenes con la justificación del beneficio que produce en la colectividad la observancia general de esos deberes y, por lo tanto, se consigue con esas prerrogativas reconocidas en favor del Estado una mejor defensa de los intereses generales, que es el objetivo último al que debe tender la actividad de los distintos poderes públicos, los cuales deben colaborar en la consecución de dichas metas, siendo, en este sentido, muy importante el principio de coordinación entre los mismos. De esta manera, se opta en las constituciones modernas, como lo han hecho también las españolas en general, por que la regulación de este tipo de materias la haga en primer término el poder legislativo, quien tiene primacía por la mayor legitimación que posee.

Ese es el espíritu que tienen nuestros sucesivos textos constitucionales, donde la fórmula de colaboración entre el poder legislativo y el poder ejecutivo que se acoge es la de reconocer al ejecutivo la potestad de dictar reglamentos en desarrollo o ejecución de las previsiones de las leyes, salvo las quiebras a ese principio general que suponen el Estatuto Real de 1834, el proyecto de Constitución de Bravo Murillo de 1852 y el Anteproyecto de Primo de Rivera de 1929, en los que se prevé la posibilidad de otorgar ciertos ámbitos de autonomía en cuanto a la regulación de los mismos en favor del poder ejecutivo, quien no estaría sometido a los pronunciamientos del legislativo en esos ámbitos concretos.

Si esa ha sido la fórmula tradicional de servir a la división de poderes y de articular un modelo de colaboración entre los mismos que han acogido la

mayoría de nuestras constituciones, también es cierto que el punto débil o, si se quiere decir de un modo más rotundo, el falseamiento de ese modelo de colaboración entre ambos poderes ha venido caracterizado, en nuestra opinión, por el reconocimiento en favor del poder ejecutivo en todas las constituciones del siglo XIX de la posibilidad de intervenir en cualquier materia en base al genérico título de conservar el orden público en lo interior y la seguridad del Estado en lo exterior. Esa previsión dio lugar a que, paralelamente a la protección y al encaje dentro del sistema que suponía la institución de la reserva de Ley referida a la cláusula libertad y propiedad, se desarrollase otra institución que chirriaba; la *cláusula de orden público*.

En cuanto a la propiedad, la protección que de la misma hacen las distintas constituciones es bastante discordante. No existe una homogeneidad en cuanto a su protección. Hay constituciones que la protegen más que otras, llegando a extremos como la regulación constitucional contenida en la de 1931, que prevé en su artículo 44 la posibilidad de no indemnización en caso de expropiación si así lo aprueba la mayoría de las Cortes. Es evidente que el derecho de propiedad es uno de los más sensibles y que su concepción y consiguiente grado de protección está íntimamente relacionado con el concepto y tipo de Estado sobre el que se proyecta. Sin embargo, lo cierto es que, en todos los casos, se contempla que sea una Ley la que recorte o amplíe la protección del mismo.

Por lo tanto, hay que concluir que en España se fue formando progresivamente una cultura que aceptaba la doctrina de las materias reservadas al a Ley, tomando influencias del país donde está se configuró inicialmente, como fue Alemania.

Aceptando este hecho, no pensamos, sin embargo, que la citada doctrina estuviese ya presente en la Constitución gaditana de 1812, puesto que la misma estaba mucho más inspirada en los postulados franceses. Lo que ocurre es que todavía entonces existía una confusión a la hora de optar por reconocer o no la potestad de dictar normas al poder ejecutivo y optando finalmente por la solución afirmativa, imitando lo sucedido en Francia, se toma la precaución de bloquear la acción del ejecutivo sobre determinadas materias sensibles, sin que todavía se tenga una conciencia clara de lo que es la institución de la reserva de Ley, la cual va a ser recibida y desarrollada en España con posterioridad.

4. La práctica normativa que rodea a las constituciones españolas anteriores a la de 1978 desde el punto de vista de las fuentes del Derecho va por un camino distinto al previsto en los textos constitucionales. La función del

Reglamento, relegado en los textos constitucionales a simple ejecutor de los mandatos legales, es, en la práctica, de gran importancia, debido a la necesidad que tienen los sucesivos gobiernos de preservar su poder a base de golpes de timón, vía Decretos. También influye en este factor el progresivo deterioro del ideario constitucional, motivado por la necesidad de fortalecer la Administración como elemento que refuerza el dominio social por parte de las clases dirigentes.

5. La convulsa situación socio-política que vive España durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo veinte propicia la efímera vida que conocen nuestras sucesivas constituciones y, como consecuencia de ello, el reforzamiento del papel del Reglamento en detrimento de la Ley.

6. La formación de la escuela jurídica española del siglo XIX es mayoritariamente doctrinaria, lo que les lleva a reconocer e, incluso, justificar y defender la existencia de ámbitos autónomos de poder en favor del ejecutivo. Al mismo tiempo, la totalidad de esta doctrina reconoce que existen una serie de materias que están reservadas a la regulación por la Ley y sobre las cuales el Reglamento sólo puede actuar en segunda instancia, en la medida en que la Ley le autorice para ello.

La potestad reglamentaria del Gobierno apoyada en la Corona puede ocupar espacios normativos vacíos, pero no para constituir un ámbito material independiente de la Ley, dado que la doble vinculación institucional le mantiene también subordinada al Parlamento.⁸³

7. La fórmula seguida por las constituciones españolas desde 1837 de reconocer un poder de intervención al ejecutivo que se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, dio lugar a una excesiva extensión de la posibilidad de intervención del poder ejecutivo en determinadas materias, produciéndose con ello un descenso en el nivel de las garantías de los ciudadanos, una menor protección de los derechos reconocidos en las diferentes normas constitucionales y la formación de lo que aquí hemos llamado una auténtica *cláusula de orden público* que justificaba el falseamiento de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en aras del interés público, a pesar de las opiniones contrarias expresadas por otros autores sobre este punto concreto.

⁸³ GARRORENA MORALES, A.: "El lugar..." op., cit., página 42.

8. A pesar de que las relaciones entre la Ley y el Reglamento que se formulan en las constituciones van en la práctica por otros derroteros, resulta complicado encontrar reglamentos independientes. Casi todos los dictados se vinculan de una u otra manera a la Ley o, por el contrario, versan sobre materias que se reconocen como puramente reglamentarias.

9. La inexistencia de una jurisdicción constitucional hasta la Constitución de 1931 ha tenido como consecuencia dos hechos fundamentales: primero, el poco respeto adquirido por nuestros textos constitucionales y, segundo, el no planteamiento frontal por parte de la doctrina española de la delimitación material entre Ley y Reglamento.⁸⁴

10. Las sucesivas constituciones que conoció la vida política española del siglo XIX recibieron notables influencias foráneas.

Eran más apreciables en los primeros tiempos las influencias de cuño francés para, poco a poco, posteriormente, dejar la prevalencia a las germánicas. En cualquier caso, hay que apuntar que el recibimiento y posterior adopción interna de soluciones importadas se desvirtuaba por el ejercicio de la práctica que de las mismas se hacía, produciéndose una contaminación de la institución importada, lo que apoya la tan manida idea de que las soluciones que adoptan ordenamientos foráneos no siempre tienen que ser válidas para el sistema propio, por lo que deben articularse todo tipo de filtros y de análisis depurativos antes de proceder a la importación de soluciones extrañas al propio sistema interno.

11. La Constitución española de 1978 tiene una clara tradición jurídica propia en la que apoyarse a la hora de regular las relaciones entre la Ley y el Reglamento y, en definitiva, en establecer las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, ya que las variaciones que las distintas constituciones anteriores ofrecen en cuanto a la fórmula de acoger las mismas es insignificante.

12. Como modo de resumir el esfuerzo y de apoyar la sistemática que se ha llevado a cabo en este apartado del trabajo en el sentido de poner de manifiesto el enorme distanciamiento existente entre los preceptos constitucionales y el incorrecto uso que se hacía de los mismos, sobre todo por lo que hace referencia a las continuas vulneraciones que del orden constitucional efectuaba el poder ejecutivo y protegidos en base a esa cláusula de orden público y de las injerencias por parte de dicho poder en

⁸⁴ En idéntico sentido BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op., cit., página 76.

los derechos reconocidos y protegidos constitucionalmente, podemos traer a colación las reflexiones que García Macho expresa en su magnífico trabajo acerca de la reserva de Ley y la potestad reglamentaria en el que se encuentran afirmaciones como que, “en las Constituciones españolas del siglo XIX...el conflicto se plantea...entre derechos fundamentales-ejecutivo con preponderancia de este último....En efecto, en el siglo XIX español, más que plantearse la posible injerencia del poder legislativo en los derechos fundamentales...se constata, de un lado, la preponderancia del poder ejecutivo sobre el legislativo...y, de otro lado, que aquel poder infringe sistemáticamente los derechos fundamentales...A lo largo del siglo XIX, por medio de una utilización inadecuada de las leyes de Orden Público promulgadas y un abuso del estado de excepción, se produce una continuada conculcación de los derechos fundamentales.” Así, concluye afirmando el aludido autor que “...la relación ley-derecho fundamental no se plantea en los mismos términos...en el Derecho alemán y español, pues mientras en España, se produce un proceso de degeneración...en Alemania el proceso es inverso y a medida que avanza el siglo los derechos fundamentales se van consolidando tanto frente al poder legislativo como al ejecutivo.”⁸⁵ Como podemos observar, a pesar de que en España se importa la institución alemana de la reserva, la misma no toma los perfiles que en aquel país tiene en el siglo XIX.

En definitiva, en el caso español, la herencia recibida por la Constitución actualmente vigente, sin ser cristalina, sí que es clara en varios aspectos concretos. Otra cosa es el uso que de la misma haga nuestra actual norma suprema, la cual, sin adelantar cuestiones que estudiaremos en otros apartados de nuestro trabajo, acoge en su seno algunas de nuestras tradiciones constitucionales más arraigadas.

⁸⁵ GARCÍA MACHO, R.: “Reserva de Ley ...” op., cit., páginas 142 a 144.

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE

En esta segunda parte de nuestro trabajo, que ahora presentamos, nos centramos en el análisis de la regulación presente de la institución estudiada, una vez situados en el contexto actual de la misma tras el análisis del origen histórico y la evolución que la misma experimentó en el pasado hasta llegar al momento presente. Y lo hacemos centrándonos en el aspecto material de la cuestión.

Lo que nos interesa en este punto de la investigación es sacar a la luz las razones por las que se le reconoce a determinados órganos, fundamentalmente a los entes públicos territoriales, una potestad para dictar unas normas que se insertan en el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia e, incluso, normas que no se someten al orden jerárquico de la pirámide normativa, sino que regulan una materia sin que la Ley se haya pronunciado primariamente en algunos ámbitos concretos. ¿Cómo podemos justificar que eso sea posible en un ordenamiento jurídico en el que el principio de legalidad está claramente constitucionalizado, arraigado y hasta idolatrado? No sólo nos interesa la cuestión en torno a la justificación de la atribución de potestades normativas en favor de determinado tipo de entes, sino el ámbito sobre el que estos órganos que tienen atribuida la susodicha potestad pueden ejercitarla.

Por lo tanto, intentaremos extraer el fundamento por el cual existen estas normas en la actualidad en un sistema normativo en los que la Ley es un *tótem* y los terrenos sobre los que las mismas pueden operar en ausencia de Ley.

Hemos dispuesto de diez apartados claramente diferenciados para el estudio y enfoque de la materia desde distintas perspectivas.

Comenzamos con unas notas precisas acerca de los caracteres generales que presentan las normas reglamentarias en la actualidad.

Posteriormente, analizamos la situación de la potestad reglamentaria en nuestros días, poniendo de relieve su progresiva expansión, la justificación y el fundamento de la misma. En esta parte se hace referencia a la noción de Reglamento independiente y a la evolución que ha sufrido esta categoría en los últimos tiempos.

El tercero de los apartados está dedicado a una cuestión que se nos antoja decisiva. Es el análisis del concepto de Ley y, consiguientemente, del

principio de legalidad que se acoge en nuestra Constitución. El análisis previo de ese concepto es esencial a la hora de determinar la existencia o no existencia de reglamentos independientes en nuestro sistema y de otorgarles un campo mayor o menor de acción.

El cuarto apartado se centra en la situación actual que se vive en los sistemas jurídicos a los que se hizo referencia en la primera parte de nuestro trabajo, con el objeto de precisar si los mismos siguen o no ejerciendo algún tipo de influencia sobre nuestro sistema, tal y como ha sucedido en numerosas ocasiones a lo largo de nuestra historia constitucional. Lo cierto es que tanto la Ley Fundamental de Bonn como la Constitución de la V República estuvieron presentes en la mente de nuestro constituyente a la hora de regular la materia que nos ocupa, estando tentados algunos sectores, como se apuntó en la introducción general a este trabajo, de incorporar a nuestro ordenamiento las soluciones que se prevén en el sistema francés actualmente vigente como manera de articular las relaciones entre la Ley y el Reglamento.

El quinto apartado de esta segunda parte puede ser considerado como una prolongación de las consideraciones que se vierten en el cuarto apartado, puesto que trata del debate que se produce en el momento de aprobación de la Constitución en torno a la posibilidad de incorporar al sistema español la reserva a Reglamento que se contiene en el texto constitucional francés de 1958. Se recoge en ese apartado el contexto en el que se produjo ese debate y las encontradas posturas que la iniciativa contenida en los artículos 72 y 79 del Anteproyecto de Constitución causó.

Las encontradas opiniones que se expresaron en torno a esta polémica cuestión hicieron que quedase claro donde se situaba cada uno. Se produjo una división muy acusada en la doctrina española entre los partidarios de tal alternativa, próximos al régimen saliente, y los partidarios de limitar el poder del Reglamento y subordinarlo a la Ley, como ha sido nuestra tradición histórico-constitucional y como manera de frenar los excesos que se habían cometido por parte del poder ejecutivo en tiempos no muy lejanos.

El sexto apartado de esta segunda parte se dedica a establecer qué órganos ostentan la potestad reglamentaria en el marco normativo regido por la Constitución de 1978. Los cambios en este aspecto son importantes, pues tras el advenimiento de nuestra magna norma, ven la luz entidades de diversa índole que, a pesar de no encajar en el concepto subjetivo tradicional de Administración pública tienen reconocida cierta capacidad normativa por parte de sus leyes reguladoras, leyes que son dictadas en desarrollo directo

de la Constitución. Existe, por tanto, una cierta crisis del concepto tradicional de definición de Administración pública y una vuelta a la consideración de la misma desde la utilización de una concepción objetiva como manera de encuadrar a estos nuevos órganos nacidos tras la aprobación de la Constitución dentro del concepto de Administración pública.

En la parte final de este apartado sexto, nos centramos más detenidamente en el órgano que con más significación y frecuencia ejercita la potestad reglamentaria de esa calidad.

El apartado séptimo de la segunda parte se dedica a estudiar el contenido y extensión que tiene reconocida por la Constitución española la potestad reglamentaria otorgada al Gobierno en el artículo 97. Las interpretaciones dadas a un precepto tan escaso y poco explícito han sido, evidentemente, variadas. Sin embargo, parece que es necesario concluir que el artículo 97 de la Constitución no es, en modo alguno, suficiente a la hora de determinar los ámbitos materiales sobre los que puede operar dicha potestad y los límites de la misma.

Por lo que hace referencia al apartado octavo, el mismo está dedicado al régimen jurídico del Reglamento independiente en la actualidad en nuestro país. Se aborda el estudio de este régimen atendiendo en primer término a las numerosas reservas de Ley que se contienen en el texto constitucional, identificando los ámbitos sobre los que puede operar el susodicho Reglamento de una manera residual, tal y como resulta de la consideración constitucional de la norma reglamentaria que, si bien tiene atribuido un papel importante, no limitado a la mera consideración de escudero fiel de la Ley en todos los campos normativos, sí que está subordinado a la norma legal en todos los terrenos, puesto que la Ley no tiene ningún límite material de actuación. La Ley lo puede todo y el Reglamento puede lo que le deja la Ley es una afirmación que no por muchas veces pronunciada deja de tener validez.

El noveno apartado se dedica al estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la materia de la potestad reglamentaria en general y del Reglamento independiente en particular. Como expresábamos en la introducción general, la jurisprudencia no ha sabido hasta ahora, después de casi veinte años de vigencia de nuestra Constitución, sacar un mayor provecho doctrinal o interpretar de una manera más sólida y coherente los preceptos constitucionales aplicables a la cuestión referente a

los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno y a los ámbitos de ejercicio a los que debe estar referida la misma.

No ha sacado todavía mucho jugo del artículo 97, tal y como lo han hecho los Altos Tribunales de países como Alemania o Francia. Se han limitado a apuntarse a la corriente doctrinal que adentró a muchos de los componentes actuales de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el mundo del Derecho Administrativo, haciendo una interpretación no muy correcta de los argumentos esgrimidos por esa Doctrina, representada por García de Enterría como máximo exponente y creador de la misma.

No queríamos, ni por lo más remoto, que se interpretasen estas afirmaciones como un crítica a la postura de García de Enterría en esta cuestión. Somos los primeros en admirar al Maestro, a su persona y a su obra. Sin embargo, pensamos que después de veinte años de vigencia de la norma constitucional la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo podía haber sacado más provecho de las previsiones constitucionales y legales en la materia reglamentaria. Esperemos que en el futuro tanto el Tribunal Constitucional, cuya posición es aun más opaca que la del Supremo, como éste mismo Tribunal interpreten de una manera más clara su pensamiento al respecto.

El décimo y último apartado de esta parte se dedica al análisis del “fenómeno de las Autoridades Administrativas Independientes”, de moda en la actualidad pero que no puede considerarse como novedoso, sino que tiene razonable tradición no sólo en nuestro ordenamiento, sino en casi todos los sistemas de los países de nuestro entorno, con más arraigo en los sistemas anglosajones, donde la descentralización territorial y funcional era mucho mayor, hasta fechas recientes, que en los países de tradición jurídica continental francesa, los cuales han comenzado hace relativamente poco tiempo a acometer reformas tendentes a la descentralización tanto territorial como funcional, como fórmula que sirve de un modo más eficaz a la consecución de los objetivos de las políticas públicas.

Este es el esquema que se ofrece. Es en el que creemos y por eso lo hemos abordado de esta forma. Puede que no sea el mejor, acaso tampoco sea el peor. Al menos es el nuestro y apostamos por él.

Al finalizar el estudio de la regulación actual de la materia referente a la potestad reglamentaria independiente tras la Constitución española de 1978, deberemos estar en condiciones de ser capaces de reconocer sus puntos débiles y de efectuar unas propuestas de mejora de la misma, más de lege ferenda que de lege data. Propuestas que pueden ser extensibles al resto de

las normas reglamentarias como manera de mejorar las relaciones entre la Ley y el Reglamento en un sistema normativo como el nuestro, donde la concurrencia de ambas normas en los distintos sectores normativos es la práctica habitual.

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

1. Concepto de potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria es la potestad de dictar reglamentos. Por ello es fundamental analizar el concepto de Reglamento. En síntesis, podríamos señalar las siguientes características de los reglamentos:

- Son disposiciones normativas de carácter general.
- Hasta hace poco tiempo se consideraba que debían de emanar o proceder del poder ejecutivo en cualquiera de sus manifestaciones. Actualmente, sin embargo, hay poderes públicos, no encuadrados dentro del poder ejecutivo, que tienen atribuida la capacidad de dictar reglamentos, lo que ha dado lugar a una cierta quiebra del concepto tradicional de Administración pública y de los actos, generales o singulares, emanados de la misma.
- Los órganos que dicten los reglamentos lo han de hacer en el ejercicio de una competencia legalmente establecida.
- Por regla general se refieren a materias y servicios de la Administración o a cuestiones internas del propio ente que tiene reconocida dicha potestad, aunque la progresiva expansión de la capacidad normativa de las diferentes administraciones públicas como consecuencia del correlativo aumento de funciones y objetivos que cumplen las mismas en las sociedades modernas ha hecho que las normas reglamentarias se proyecten sobre diferentes terrenos normativos.
- Pueden aparecer revestidos de distintas formas, dependiendo de la autoridad administrativa de la que emanen.

2. Naturaleza de la norma reglamentaria

La cuestión en torno a la naturaleza de la norma reglamentaria es uno de los problemas más discutidos por la doctrina administrativista. La polémica se centra en torno a la determinación de si el Reglamento es o no un verdadero acto administrativo y si posee o no carácter de norma jurídica.

La doctrina mayoritaria, encabezada por García de Enterría y sus seguidores, opina que la diferencia entre los reglamentos y los actos administrativos es clara por ser ambas figuras de naturaleza distinta, lo que

obliga a realizar el estudio de los reglamentos con absoluta independencia de los actos administrativos.

Sin embargo, para otros autores, entre ellos Garrido Falla y Entrena Cuesta, los actos reglamentarios reúnen los requisitos esenciales del acto administrativo, fundamentalmente su sometimiento genérico al Derecho Administrativo y la posibilidad de hacer efectiva dicha sumisión a través del recurso contencioso-administrativo. Aún reconociendo las diferencias que los separan, opinan que dichas diferencias no deben pasar de ser tratadas como criterio de distinción de diferentes clases de actos administrativos.

Dichas diferencias, que en cualquier caso son las mismas ya se adopte una u otra postura doctrinal, serían concretamente las siguientes:

- El órgano del que emanan. Los reglamentos únicamente podrán ser producidos por aquellos órganos que tengan expresamente atribuida esta facultad.
- Los reglamentos, por su carácter de parte integrante del ordenamiento jurídico, no pueden ser contravenidos por actos concretos, aunque estos emanen de una autoridad superior a la que dictó el Reglamento. Es lo que técnicamente se denomina “principio de inderogabilidad singular de los reglamentos”.
- La violación de un Reglamento por una sentencia puede ser invocado en recurso jurisdiccional y no podrá ser invocada, en cambio, la infracción de un acto administrativo concreto.
- La sanción de ilegalidad de un Reglamento es siempre la nulidad, mientras que la de un acto administrativo concreto es, como regla general, la anulabilidad.
- Frente a la impugnación de los actos administrativos puede oponerse en principio la excepción de acto consentido y firme, excepción que no cabe frente al Reglamento, contra el cual cabe una acción intemporal de nulidad que no prescribe.
- La legitimación para recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa es diferente, según se trate de actos administrativos o actos reglamentarios.

3. Definición de Reglamento

Una vez apuntadas algunas características propias de la norma reglamentaria y aceptada por nuestra parte la diferencia existente entre dicha norma y los actos administrativos, estamos en este momento en condiciones de abordar de una manera más segura y fiable la definición de Reglamento. Así, diremos que el Reglamento es, en definición comúnmente aceptada por la generalidad de la doctrina, una *disposición jurídica de carácter general emanada de un órgano de la Administración en virtud de una competencia que le otorga una norma jurídica de carácter superior*. De esta definición se extrae, como ha puesto de manifiesto José Luis Palma Fernández⁸⁶, que “el sentido de la categoría toma su contenido no tanto por sí mismo como en relación al superior poder al que se condiciona, en relación con la Ley. Las formas en las que se ha ordenado la potestad reglamentaria, desde siempre, han venido reflejando esta relación de dependencia...”

La norma reglamentaria no ha permanecido siempre de la misma manera, sino que ha evolucionado a lo largo de los estos dos últimos siglos, variando de manera importante las modalidades de normas reglamentarias presentes en distintos ordenamientos y sufriendo una espectacular revolución las relaciones que con la norma legal tienen.

Superada hoy la clasificación que efectuara hace un siglo Lorenz Von Stein y que tanta influencia ha ejercido en la doctrina española posterior, podemos decir que hoy son perfectamente distinguibles tres tipos de reglamentos por su relación con la Ley: ejecutivo, independiente y autónomo. La enunciación corresponde y respeta el orden cronológico de aparición en el mundo jurídico, pues en primer lugar surgió el ejecutivo como fórmula de complementar las previsiones contenidas en las leyes, para posteriormente nacer, de forma muy prematura, la figura de los reglamentos independientes, ente fantasmal, no siempre reconocido ni aceptado, pero presente en nuestra colección legislativa y en nuestra cultura jurídica desde el siglo pasado. Y finalmente, con la Constitución francesa de 1958, surge el reglamento autónomo como último estadio, por el momento, de desvinculación de la Ley por parte de la norma reglamentaria.

La definición que anteriormente efectuábamos sobre la norma reglamentaria puede considerarse como válida para todas las categorías de reglamentos anteriormente apuntadas, ya que tanto el Reglamento ejecutivo, como el independiente, como el autónomo son disposiciones emanadas de un órgano

⁸⁶ PALMA FERNÁNDEZ. J. L.: “Reglamentos autónomos en España”. REDA (87), año 1995, página 334.

de la Administración en virtud de una competencia que le otorga una norma jurídica de carácter superior, que en el caso de los reglamentos ejecutivos es una Ley y en el de los reglamentos independientes y autónomos es la propia Constitución, bien sea directamente, reconociendo unos determinados ámbitos de materias reservados al Reglamento, como ocurre en Francia en el caso de los autónomos, o indirectamente por el reconocimiento de una capacidad reglamentaria general en favor de un determinado órgano en base a las potestades gubernativas que éste ostenta, con los límites constitucionales que se establecen a su ejercicio, como es el supuesto de la España actual.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA ACTUALIDAD

1. La progresiva expansión de la potestad reglamentaria

La lucha inicial que se plantea tras la Revolución francesa en torno a la aplicación práctica de la teoría de la división de poderes se salda finalmente con el obligado reconocimiento, por motivos prácticos, de una potestad normativa al poder ejecutivo para la regulación de determinadas materias, potestad que se reduce en la mayoría de ordenamientos que siguen las ideas jacobinas triunfantes de la citada disputa a la mera ejecución de las previsiones contenidas en las leyes como paradigma de la superior legitimidad democrática que ostenta el poder legislativo.

En otros sistemas se opta, en cambio, por una solución de compromiso en la que se reconoce un ámbito propio de materias sobre las que el poder ejecutivo puede actuar con total discrecionalidad, sin estar estrictamente sometido a las leyes dictadas por el poder legislativo. Las normas que dicta el poder ejecutivo sobre este tipo de materias no tienen el carácter de normas jurídicas, puesto que no crean efectos frente a terceros, sino que se proyectan en la esfera interna del propio Estado. Es el caso de los estados germánicos, dominados por el principio de la legitimidad dual, del Parlamento y del Príncipe.

Por último, nos encontramos con el sistema anglosajón, en el que la Ley posee una neta superioridad sobre todo el ordenamiento jurídico, sin que se produzca ningún tipo de concesión en favor del poder ejecutivo en forma de reconocimiento de la posibilidad de dictar normas que regulen determinadas materias. En este sistema, el Parlamento es único que está legitimado para llevar a cabo la tarea de la creación de Derecho por parte del poder público.

Sin embargo, a pesar de estos prejuicios consuetudinarios, lo cierto es que la práctica normativa nos muestra la fuerza con la que ha ido implantándose la potestad reglamentaria. Afirma Carro Fernández-Valmayor⁸⁷ que “el proceso de extensión de la potestad reglamentaria tiene históricamente su origen en la Restauración, con independencia de que bajo las Constituciones revolucionarias pudiese ya detectarse...una importante actividad normativa del Ejecutivo...la nueva estructuración que se opera entre el Legislativo y el Ejecutivo en el momento de la Restauración...es la inmediata consecuencia de la necesidad de conciliar las exigencias planteadas por la tradición de la

⁸⁷ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. y GÓMEZ FERRER, R.: “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, RAP (87), 1978, página 171

monarquía restaurada, por una parte, y los principios de libertad consagrados por la Revolución, por otra...”

De hecho, se puede decir que existe hoy en día un claro predominio cuantitativo del Reglamento sobre la Ley en casi todos los ordenamientos jurídicos. Incluso en sistemas como el seguido por el Reino Unido y sus colonias, el bautizado por Dicey como Rule of Law, donde el predominio de la Ley, como acabamos de comentar, era total, se han experimentado cambios notables en ese aspecto, al punto de reconocer potestad reglamentaria a sus administraciones, denominada rulemaking en los EEUU por ejemplo, si bien es cierto que esta cada vez más incipiente potestad normativa de las administraciones anglosajonas está destinada a la ejecución estricta de lo previsto en las leyes.

El profesor Cruz Ferrer⁸⁸ pone de manifiesto como “en el reconocimiento inicial de la potestad reglamentaria, ésta se legitimó en su ejercicio para la ejecución de las leyes...En esta primera etapa, el legislativo mantiene un evidente protagonismo en la función normativa de la Sociedad. Sólo corresponde al Ejecutivo una función normativa de concreción y pormenorización de las normas legislativas. Entrado este siglo, el protagonismo normativo del ejecutivo observará una constante expansión. Primero, por las diversas formas de colaboración legislativa reconocidas al Gobierno mediante los Decretos-Leyes y los Decretos Legislativos. Segundo, por las frecuentes habilitaciones para regular una materia apoyadas sobre las remisiones de la ley al reglamento. Tercero, por el surgimiento de una potestad reglamentaria independiente...”.

La idea central que queremos poner de manifiesto aquí es que se ha producido un notable aumento en la producción de normas reglamentarias, aumento que es común a todos los sistemas jurídicos y que ha producido unos importantes cambios desde el punto de vista de la explicación de las relaciones entre las distintas fuentes del Derecho, llegando incluso a producirse una quiebra en la concepción tradicional de las mismas, sobre todo desde la moderna aparición de una nueva categoría de reglamentos denominados autónomos, los cuales han llegado al extremo de ser constitucionalizados en la Francia de la V República.

Señala Santamaría Pastor que, “el proceso de transición histórica que se abre con la finalización de la segunda guerra mundial ha afectado también,

⁸⁸ CRUZ FERRER, J.: “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”. RAP (116), 1988, página 65 y 66.

con gran intensidad, al ámbito de la potestad reglamentaria” y que “...son dos los rasgos de la misma en los tiempos presentes que debemos destacar:

1. El dato más espectacular reside, sin duda, en la acentuación del proceso expansivo de la potestad reglamentaria: una expansión que tiene lugar tanto en el aspecto cuantitativo como en el subjetivo...El sistema normativo se asemeja hoy a un vasto océano de reglamentos en el que sobresalen, como islotes, un puñado de leyes.
2. Más relevante es, sin embargo, la revisión de los fundamentos jurídico-políticos de la potestad reglamentaria. El creciente predominio de las disposiciones reglamentarias en el conjunto del sistema normativo no impidió que los juristas de la era liberal siguieran considerándolas como un hecho anómalo, un residuo vergonzante del Antiguo Régimen que...debía ser tratado con todo tipo de restricciones y cautelas.

La inercia de esta connotación negativa ha sido tan fuerte que ha hecho falta esperar hasta bastante después del término de la segunda guerra mundial para que la doctrina comenzara a reconocer que en un Estado democrático...la Administración es también una función democráticamente legitimada...potencialmente peligrosa para los valores que encarna el Estado de Derecho, pero no intrínsecamente perversa ni nociva. Más aun, en un estado calificado como social que...es más un Estado administrativo que legislativo, y en el que la eficacia del poder público es algo positivamente valorado, el Reglamento, norma mucho más ágil y polivalente que la Ley, tiende a convertirse en un instrumento necesario y aun benéfico.⁸⁹

Ambas observaciones deben ser compartidas por cualquiera que se acerque al universo normativo de los diferentes sistemas jurídicos actuales. En ellos podemos observar como se han ampliado las posibilidades de incidir en el ordenamiento jurídico por parte de los diferentes ejecutivos en los distintos países a través del reconocimiento de un número mayor de materias sobre las que pueden dictar distintos tipos de reglamentos que poseen a su vez diferentes relaciones con la Ley, dependiendo de su contenido.

Asimismo, también asistimos actualmente a una ampliación del número de sujetos que tienen capacidad para dictar este tipo de normas reglamentarias como consecuencia de los procesos de descentralización, tanto territorial como funcional, que han tenido lugar en muchos países con el objetivo de

⁸⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Principios de Derecho Administrativo” op., cit., página 252-253.

acercar la labor de los entes públicos a los ciudadanos y que éstos puedan sentir dos tipos de efectos beneficiosos relacionados entre sí: por un lado, sentirse más próximos a los centros de poder y, por otro lado, tener la posibilidad, como consecuencia de esa proximidad, de participar de una manera más directa en el proceso de toma de las decisiones que les afectan directamente.

2. Justificación actual de la potestad reglamentaria.

A lo largo de estos dos últimos siglos, grandes iuspublicistas del viejo continente han formulado numerosos pensamientos acerca de cuáles debían ser las razones en las que debiera basarse el reconocimiento de una potestad de crear Derecho en favor del poder ejecutivo.

Garrido Falla⁹⁰ reduce sintéticamente a cuatro los criterios manejados por la doctrina a la hora de justificar la atribución de potestades normativas en favor del poder ejecutivo:

“1.La composición política y no técnica de las Cámaras legislativas, que determinan que éstas no sean idóneas para la confección de los Reglamentos.

2.La gran movilidad de las normas administrativas, que exige que éstas no tengan el rango formal que la Ley comporta, lo que facilita su derogación y sustitución por otras.

3.La amplia esfera discrecional del Poder ejecutivo, que determina la conveniencia de que la propia Administración se autolimite dictando Reglamentos.

4.La oportunidad de atribuir determinadas materias al Poder ejecutivo para que las reglamente, supuesto que el legislador no puede preverlo todo.”

Por lo que hace referencia a la primera idea, está claro que el poder ejecutivo, a través del aparato administrativo del que se sirve, cuenta con un considerable número de técnicos expertos en materias diversas capaces de resolver de una manera más eficiente los problemas puntuales que se planteen en determinados sectores y momentos. En cambio, el Parlamento se nutre primordialmente de la clase política, en su mayoría desprovista de

⁹⁰ GARRIDO FALLA, F.: “Tratado de Derecho Administrativo”. Editado por el Centro de Estudios Constitucionales. 9ª Edición. Madrid 1985. Página 364.

conocimientos técnicos sobre las diferentes ramas en que la Administración debe llevar a cabo una intervención.

En cuanto a la segunda idea que refleja Garrido, la misma se incardina dentro de ese carácter contingente que se predica cada vez con más vigor del Derecho Administrativo.

Actualmente, el Derecho Administrativo se caracteriza por ser lo que Carl Smitt ha denominado como “legislación motorizada”.

En efecto, mientras otras ramas del Derecho se caracterizan por su enorme grado de codificación, lo que les hace vivir casi exclusivamente de un Código, el Derecho Administrativo cambia continuamente, siendo la tarea de su sistematización, debido al grado de seguridad jurídica que ello proporcionaría, una de las cuestiones a tener más en cuenta en el futuro próximo, a pesar de las enormes dificultades prácticas que plantea.

La tercera idea que apunta Garrido como justificación de la potestad reglamentaria es, cuando menos, algo polémica. La existencia del poder discrecional administrativo se ha utilizado como justificación del poder reglamentario, haciendo aparecer a este como un mal menor. Así lo concibe Cammeo. Sin embargo, hay autores que han reaccionado contra esto último intentando demostrar la falta de coincidencia entre la potestad reglamentaria y la potestad discrecional. Como ejemplo de esta corriente doctrinal podemos señalar a Zanobini.

Pensamos que si bien es cierto que la Administración ejerce cierto grado de discrecionalidad a la hora de dictar reglamentos, debe en todo caso respetar unas reglas predeterminadas, ya estén previstas en normas de rango superior como son las leyes, en los casos en los que el Reglamento tiene como objetivo ejecutar los contenidos de la Ley que le habilita para el desarrollo, ya sean los principios generales del Derecho establecidos e instaurados en todos los ordenamientos jurídicos y que deben ser respetados por todos los reglamentos, pero especialmente por aquellos que no tienen el objetivo de ejecutar las previsiones contenidas en una Ley. Por lo tanto, creemos como lo hace Zanobini, que la potestad reglamentaria de la Administración es algo diferente a la potestad discrecional, aunque participen ambas de algunos caracteres comunes.

Por lo que hace referencia a la cuarta idea justificadora de la potestad reglamentaria que aporta Garrido, parece claro también aquí que es muy difícil que la norma legal emanada por el Parlamento sea capaz de prever

todos los supuestos de hecho que pudieran producirse durante el período de su vigencia y que todos ellos fuesen subsumibles en sus preceptos. Es lógico, por lo tanto, que se produzca una mayor concreción de los supuestos de hecho posibles a medida que vayamos descendiendo en la escala jerárquica de las normas. Por ello, la norma reglamentaria, desarrollada por expertos, más ágil y fácil de modificar y fiel reproducción de la política concreta que el poder ejecutivo tiene la intención de llevar a cabo en la materia de que se trate, puede con mayor precisión incluir en sus contenidos las posibles situaciones que se pueden producir en el futuro más próximo.

3. Fundamento jurídico de la potestad reglamentaria.

Afirma Garrido Falla⁹¹ que “para explicar el fundamento jurídico de la potestad reglamentaria, es decir, el título jurídico en virtud del cual la Administración dicta reglamentos, los diversos ordenamientos positivos suelen inspirar en uno de estos dos principios: el principio de la delegación del Poder legislativo y el principio de los poderes propios de la Administración.”

Cada uno de esos principios responde claramente a concepciones bastante arraigadas en los países de donde provienen.

La tesis de la delegación de poderes se formuló inicialmente en Francia.

Consiste en considerar la potestad reglamentaria como una verdadera legislación, por lo que, en principio, debe estar atribuida al Poder legislativo; sólo una delegación de éste al ejecutivo puede explicar que aparezca en manos de la Administración. Esta teoría conlleva la consecuencia de que se produzca una confusión entre los reglamentos administrativos y la legislación delegada en los países inspirados en la misma. Así sucedió en Francia, donde, como ya vimos en su momento, se producía la incongruencia de que el Consejo de Estado francés no fiscalizaba los “reglamentos de administración pública” por considerarse que suponían una prolongación de la potestad legislativa y que, por tanto, tenían un rango de Ley que les eximía del control por parte del citado órgano. Como apuntamos entonces, a partir del arret Chemin de Fer en 1910 se produce un cambio en estas concepciones y el Consejo de Estado entra a fiscalizar este tipo de reglamentos.

⁹¹ GARRIDO FALLA, F.: “Tratado...”, op. cit., pág. 364.

Otro ejemplo de sistema jurídico basado en este principio, por lo que hace referencia a la fundamentación jurídica de la potestad reglamentaria, es el Reino Unido. Allí, la potestad reglamentaria se fundamenta en la expresa delegación de la Ley, lo que determina que los preceptos reglamentarios dictados tengan el mismo valor que la Ley. Esto supone que, al no haber un sistema de justicia constitucional que pueda evaluar la conformidad de las leyes con el texto constitucional se produzcan los mismos efectos nocivos que se daban en Francia con anterioridad a “Chemin de fer”.

La tesis de los poderes propios procede más del mundo germano, donde, como sabemos, existía una doble legitimación para crear Derecho; la que ostentaba el Monarca y la detenida por el Parlamento. Sin embargo, pueden distinguirse aquí varias corrientes de pensamientos que atribuyen todos ellos una potestad propia a la Administración para dictar normas jurídicas. “...Hay quien entiende que tales poderes son la consecuencia del carácter institucional de la Administración pública, que ofrece todas las cualidades de un verdadero ordenamiento jurídico (Santi Romano); o bien que es la consecuencia de la discrecionalidad administrativa, pues lo que una autoridad puede ordenar o prohibir en cada caso particular, puede ordenarlo o prohibirlo en general...(R. Gneist); o porque se entiende que ni las tareas propias de la Administración ni del Gobierno podrían llevarse a cabo sin imperium, siendo la potestad reglamentaria la más genuina manifestación de este (Hauriou).”⁹²

De cualquier manera, la característica común a todos estos pensamientos es la misma: la de que sin necesidad de una especial delegación del poder legislativo, la Administración cuenta, como atribución propia, con la potestad reglamentaria.

La Constitución española de 1978 atribuye en su artículo 97 al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria. ¿Qué principio está acogiendo nuestro texto constitucional en ese precepto concreto; el de la delegación de poderes o el de los poderes propios? La respuesta a esta trascendental pregunta es el objetivo que se pretende cumplir en esta parte del trabajo. La cuestión es fundamental, ya que de la aceptación de uno u otro principio se derivan importantes consecuencias, como la admisión o no de los reglamentos independientes en nuestro sistema normativo actual, es decir, la posibilidad de dictar normas jurídicas por parte de la Administración sin tener habilitación legal para hacerlo.

⁹² GARRIDO FALLA, F.: “Tratado...” op. cit., pág. 365.

No es este el momento procedimental oportuno para abordar de forma directa y responder de manera clara a la cuestión planteada. Por el momento, nos haremos eco de la reflexión que Santamaría Pastor efectúa en el sentido de que "...hoy la ley ha dejado de ser el eficaz escudo de protección de los ciudadanos que quizá pudo ser antaño frente a un poder reglamentario voraz, rápido, siempre despierto y con permanente tendencia a la expansión..."⁹³

Lo cierto es que vivimos una etapa de pleno apogeo reglamentario debido, en gran medida, al enorme aumento de la intervención del Estado en todos los sectores como consecuencia del incremento de las demandas sociales, las cuales precisan de respuestas ágiles y eficaces. Y esta situación social influye en el ámbito jurídico desde el momento en el que se ve la necesidad práctica de dar respuesta a las exigencias planteadas por la Sociedad a través de la utilización de las herramientas jurídicas más apropiadas y capaces de afrontar el dinamismo social actual.

Y se comprueba cada vez con mayor exactitud que ese tipo de herramientas son los reglamentos. Por eso es por lo que a lo largo de dos siglos se ha intentado justificar y encontrar diferentes argumentos para fundamentar la utilización de unas normas que, en principio, desde un punto de vista objetivo debían quedar fuera del "convite" de la creación del Derecho y que desde el punto de vista subjetivo emanaban de un órgano que debía quedar absolutamente relegado y subordinado en la división de poderes en favor del legislativo, representante principal de la soberanía nacional y del resto de principios inspiradores del cambio social y político que se comenzaba a vislumbrar con el triunfo de la Revolución francesa.

Como prueba de los buenos tiempos que corren para la norma reglamentaria está el hecho de que de la inicial subordinación a la Ley que debían observar este tipo de normas, de una primacía total por parte de la Ley desde los postulados revolucionarios, se ha pasado en ese mismo país a la constitucionalización de un tipo de reglamentos que no sólo no están subordinados a la Ley sino que tienen un ámbito de materias reservados a los mismos, situándose en esos ámbitos en pie de igualdad con la norma legal.

Hoy en día podemos considerar superada la clasificación que en torno a los distintos tipos de normas reglamentarias efectuó Stein y que tanto predicamento tuvo entre la doctrina española, incluso hoy, con el

⁹³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Fundamentos..." op., cit., pág. 737.

aferramiento a la misma por parte de ciertos autores como fórmula de explicación de la relación entre las Ley y el Reglamento.

Santamaría Pastor afirma al respecto que “sin dejar de reconocer a la clasificación el evidente valor didáctico que en su momento pudo tener, su aceptación en la actualidad de forma acrítica es considerablemente perturbadora. De una parte, porque las tres categorías reglamentarias contempladas en ella son de naturaleza y calidad sustancialmente diversas...Y, de otra, porque estas categorías son hoy, en su propia formulación literal, sumamente equívocas y, en algún caso, insuficientes para comprender la realidad actual de los sistemas normativos.”⁹⁴

Actualmente la distinción de los reglamentos que entendemos más adecuada viene determinada por la consideración de los mismos como ejecutivos o no ejecutivos, siendo diferenciables dentro de esta categoría de no ejecutivos dos categorías distintas, los reglamentos independientes y los autónomos, una vez superada para el momento actual, como apuntamos, la clasificación que de los mismos formuló Lorenz Von Stein en el siglo pasado.

Muchos autores siguen en este punto un iter casi cronológico a la hora de distinguir tres tipos diferentes de reglamentos por su relación con la Ley, ejecutivos, independientes y últimamente, autónomos. En el presente trabajo nos centraremos en el segundo, el independiente que, quizás, sea el que mayores problemas plantea en sus relaciones con la Ley desde un punto de vista vertical y horizontal, por la dificultad de hallar los ámbitos sobre los que dichos reglamentos pueden proyectarse y la intensidad con la que pueden hacerlo.

4. Noción de Reglamento independiente

Lo primero que debemos hacer para centrar el estudio en la categoría determinada de los reglamentos independientes es identificar su figura.

Definiremos el Reglamento independiente como aquella norma jurídica sin rango de Ley que regula de manera autónoma una materia y que emana de un órgano perteneciente a la Administración con competencia genérica, contenida en una norma de rango superior, para dictarlo sin necesidad de una autorización previa.

⁹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 741.

La definición que acabamos de proporcionar nos permite estar en condiciones de diferenciar al Reglamento independiente de otras categorías reglamentarias. Así, podemos diferenciarle del Reglamento autónomo porque este último supone la atribución a la Administración de un campo material exclusivo que el legislador no puede violar. En cambio, la potestad reglamentaria independiente es compatible con la primacía absoluta de la Ley en cualquier terreno, ya que ningún ámbito está reservado a priori en favor del Reglamento independiente.

También se diferencia el Reglamento independiente del ejecutivo en que el primero no trae como causa ninguna norma legal, no está habilitado por ninguna Ley para ser promulgado, mientras que el ejecutivo se promulga como consecuencia de la existencia de una previsión en tal sentido en una norma con rango de Ley.

Como expresa Baño León,⁹⁵ “la admisión del reglamento independiente...no es compartida por todos. Esta falta de unanimidad no es nueva y ha producido una singular paradoja: de pocas figuras jurídicas se discute tanto su viabilidad constitucional, al tiempo que una y otra vez la Administración hace uso de la potestad reglamentaria sin previa habilitación de una ley...Hay una antigua polémica, reavivada después de la Constitución, sobre si es admisible el reglamento independiente. Mientras la discusión continúa, el Gobierno sigue dictando reglamentos que no se apoyan en ley alguna, el Consejo de Estado admite que la potestad reglamentaria del Gobierno incluye dictar reglamentos independientes. Numerosas sentencias del Tribunal Supremo confirman su validez.”

Las afirmaciones hechas por Baño León en esa obra no hacen más que corroborar lo que ha sido una constante en el constitucionalismo español; la marcha distante entre previsiones normativo constitucionales y realidades sociales, tal y como veíamos en la primera parte de nuestro estudio, así como la secular discrepancia doctrinal en torno a esta figura.

Las razones que provocan estas discrepancias doctrinales en torno a la existencia de reglamentos independientes tienen, en gran medida, su origen en las distintas formas de entender el Estado de Derecho, la división de poderes y el principio de legalidad.

⁹⁵ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 164.

5. Evolución de la institución del Reglamento independiente

La admisión de un poder reglamentario del ejecutivo, independiente de la Ley se puede contemplar ya en la obra de Locke. Para este autor, el poder del Monarca se justifica de manera natural, como una autorización del pueblo, ya que el interés general incluye un poder de intervención en situaciones de necesidad.

La discusión sobre la existencia de un poder normativo propio de la Administración está presente en lugar preferente en toda la historia constitucional contemporánea desde el triunfo de la teoría sobre la división de poderes como ideario integrante de la Revolución francesa.

En Francia, como vimos, en un principio el Reglamento tiene como objetivo único la ejecución de las leyes. La concepción republicana, influida sin duda por la visión roussoniana de la Ley, no deja sitio para el Reglamento independiente. Sin embargo, posteriormente se reconoce por motivos prácticos un poder reglamentario en favor del ejecutivo que se irá extendiendo cada vez más y que no se limitará, por tanto, simplemente a la ejecución de las leyes. La doctrina francesa intentó entonces buscar una explicación convincente a este fenómeno de la progresiva extensión de la potestad de normar del poder ejecutivo. Los ámbitos naturales sobre los que se proyectaba esta potestad reglamentaria insubordinada en Francia eran los correspondientes a la materia de policía y la de servicios públicos.

Por lo que hace referencia a Alemania, el fracaso en aquel país de la Revolución burguesa supuso, aun así, que las monarquías se vieran forzadas a aceptar la existencia de Asambleas representativas de los ciudadanos detentadoras de unas potestades que coexistirían con el poder del Monarca.

En este contexto, tiene pleno sentido el hablar de un poder reglamentario independiente, ya que el Monarca compartía las facultades de crear Derecho con el órgano parlamentario. Sin embargo, las corrientes doctrinales en aquel país siguen líneas distintas. Mientras parte de la doctrina, como por ejemplo Stein, no tiene inconveniente en reconocer la figura del Reglamento independiente, otros reducían el ámbito de este Reglamento, el cual no podía regular materias que afectasen a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos por ser estos los sectores que más directamente influyen en las garantías que los ciudadanos deben conservar frente al poder del Estado.

Representantes de esta segunda postura serían autores como Laband, Jellinek u Otto Mayer.

En España la evolución de la figura del Reglamento independiente presenta caracteres definidos, homogéneos y francamente pragmáticos. La regulación que las constituciones del siglo XIX dejan en el más absoluto de los olvidos este tipo de normas. Sin embargo, en la práctica los reglamentos independientes, aunque no muy numerosos, existían al margen de toda habilitación constitucional.

La historia de la potestad reglamentaria tiene su punto de partida en nuestro país en el artículo 171-1º de la Constitución de 1812.

La forma tradicional que nuestras constituciones tenían a la hora de formular la potestad reglamentaria, fórmula prácticamente invariable hasta el texto constitucional republicano de 1931, era la de circunscribir la misma a la pura ejecución de las leyes, tal y como hemos visto. Las excepciones fueron, como sabemos por referencias anteriores hechas en este trabajo, el Proyecto de Bravo Murillo de 1852, el Anteproyecto de Primo de Rivera de 1923 y las Leyes Fundamentales del régimen franquista.

Por su parte, la doctrina permanece prácticamente al margen de la cuestión acerca de la existencia de este tipo de reglamentos. No acomete con profundidad una teorización sobre la posibilidad de una potestad reglamentaria independiente de las leyes. Dice Baño León⁹⁶ que “los autores clásicos no se pronuncian abiertamente. Pero en todos ellos parece reconocerse un ámbito a la normación reglamentaria aunque no esté expresamente prevista en la ley.”

A este respecto no debemos olvidar la adscripción política y social de los autores de la época, muy cercanos al poder y proclives al afianzamiento del poder ejecutivo frente al legislativo.

De esta manera, en las obras de Oliván, Posada Herrera o Colmeiro hay alusiones a la práctica de la potestad reglamentaria, sin que se pueda deducir de sus expresiones una posición firme al respecto, aunque se puede afirmar que parecen reconocer una potestad reglamentaria en favor del poder ejecutivo que va más allá de la simple ejecución de las leyes.

⁹⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., pág. 174.

Es definitivamente la doctrina española del primer tercio del siglo XX la que interpreta de una manera más clara la fórmula constitucional de la ejecución de las leyes.⁹⁷

Hay autores como A. Posada que interpreta que la fórmula de la ejecución de las leyes que la Constitución reservaba a la potestad reglamentaria significaba que el Reglamento no podía modificar la Ley ni violar los derechos fundamentales. La potestad reglamentaria de la Administración se veía así limitada por los principios de primacía y reserva legal y no reducida a una labor estrictamente ejecutiva de las leyes, labor que podía realizar de manera espontánea la propia Administración.

Por su parte, Royo Villanova afirma que el fundamento de los reglamentos independientes, de innegable existencia en la práctica, no había que ir a buscarlo en la fórmula de la ejecución de las leyes interpretada en su más amplio sentido sino en la costumbre constitucional por la que en ausencia de Ley aplicable se reconocía a la Administración la facultad de dictar normas jurídicas sobre materias no sometidas a la reserva de Ley ni congelado su rango a nivel legislativo.

En los autores de esta época que se acercan a esta cuestión se puede observar como está presente la idea de que el campo de la potestad reglamentaria independiente viene a determinarse a partir del concepto de discrecionalidad y se proyecta sobre el campo de la organización administrativa. Prueba de ello es la aceptación de la clasificación de los reglamentos hecha por Stein, importada en España por Royo Villanova. Y es que en los autores de las primeras décadas del siglo son perceptibles las influencias foráneas, especialmente de la doctrina francesa.

La doctrina española más actual mantiene postulados acerca de los ámbitos sobre los que puede operar la potestad reglamentaria independiente semejantes a los de los autores de la primera parte del siglo XX, los cuales no difieren demasiado de los aceptados en el derecho comparado de los países de nuestro entorno jurídico. Como apuntan J. L. Carro y R. Gómez Ferrer⁹⁸ “en líneas generales...puede afirmarse que una cierta convergencia es perceptible en la historia dogmática de la potestad reglamentaria tanto en nuestro país como en otros de estructura jurídica semejante.”

⁹⁷ Véase la excelente argumentación que en este sentido efectúan J. L. CARRO y R. GÓMEZ FERRER en “La potestad reglamentaria...” op., cit., página 179.

⁹⁸ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ FERRER, R.: “La potestad reglamentaria...” op., cit., página 180.

Es Baño León⁹⁹ quien, de manera impecable, nos ilustra acerca de lo que sucede con las corrientes doctrinales en nuestro país en torno a esta figura a lo largo de los dos últimos siglos al afirmar que "...en la doctrina española se reflejan aunque sin casi ningún esfuerzo teórico propio las grandes corrientes de opinión generadas sobre el Reglamento independiente en la doctrina foránea. A saber:

1º) La concepción más antigua y autoritaria sobre el reglamento independiente que reconoce al ejecutivo el poder de dictar normas cuando la ley no ha regulado una materia, concepción que finalmente se asienta en el viejo pensamiento de que el interés público justifica la adopción de normas por el ejecutivo.

2º) La concepción más moderna que admite el reglamento independiente en aquellas materias que no afectan directamente a las reservadas a la ley, o al menos, a las que directamente atañen a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos."

En definitiva, el Reglamento independiente ha existido de manera más o menos solapada, como un auténtico ente fantasmal, a lo largo de los dos últimos siglos, no sólo en nuestro sistema jurídico, sino en los sistemas jurídicos influenciados por el régimen administrativo emergente como consecuencia de la Revolución francesa. Esta existencia ha sido aceptada y, en muchos casos, defendida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como resorte natural de la normal actitud del ejecutivo, tendente a expandir sus competencias y atribuciones, basadas en distintos fundamentos, y siempre en tanto en cuanto no encuentre un marco de limitación constitucional suficientemente explícito.

Sin embargo, desde que se aprueba la Constitución española es menor el número de reglamentos que se aprueban con el carácter o la etiqueta de independientes, puesto que las numerosas reservas materiales que la norma constitucional establece y ñas reservas formales que de facto existen, hace complicado el que se puedan dictar numerosos reglamentos de este tipo. No obstante, todavía contamos con algunos ámbitos regulados por reglamentos independientes, como por ejemplo el taurino, ámbito típico de intervención de nuestro poder ejecutivo por afectar al orden público, concepto legitimador en el que se apoyaba la intervención extramuros de la Ley por parte del poder ejecutivo en el siglo pasado y que hoy ya no está justificado.

⁹⁹ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op., cit., página 175.

Téngase en cuenta que actualmente sigue siendo el Ministerio del Interior el que se encarga de regular esa materia.

6. Conclusiones

1. En este siglo el protagonismo normativo del ejecutivo observa una constante expansión. Primero, por las diversas formas de colaboración legislativa reconocidas al Gobierno mediante los Decretos-Leyes y los Decretos Legislativos. Segundo, por las frecuentes habilitaciones para regular una materia apoyadas sobre las remisiones de la Ley al Reglamento y tercero, por el surgimiento, más bien consolidación, de una potestad reglamentaria independiente.

2. Como consecuencia de lo anterior, se ha producido un notable aumento en la producción de normas reglamentarias, aumento que es común a todos los sistemas jurídicos y que ha producido unos importantes cambios desde el punto de vista de la explicación de las relaciones entre las distintas fuentes del Derecho, llegando incluso a producirse una quiebra en la concepción tradicional de las mismas, sobre todo desde la moderna aparición de una nueva categoría de reglamentos denominados autónomos, los cuales han llegado al extremo de ser constitucionalizados en la Francia de la V República.

3. Asimismo, también asistimos actualmente a una ampliación del número de sujetos que tienen capacidad para dictar normas reglamentarias como consecuencia de los procesos de descentralización, tanto territorial como funcional llevados a cabo en los diferentes países.

4. Para explicar el fundamento jurídico de la potestad reglamentaria, es decir, el título jurídico en virtud del cual la Administración dicta reglamentos, los diversos ordenamientos positivos suelen inspirar en uno de estos dos principios: el principio de la delegación del Poder legislativo y el principio de los poderes propios de la Administración. La tesis de la delegación de poderes se formuló inicialmente en Francia. Consiste en considerar la potestad reglamentaria como una verdadera legislación, por lo que, en principio, debe estar atribuida al Poder legislativo; sólo una delegación de éste al ejecutivo puede explicar que aparezca en manos de la Administración. La tesis de los poderes propios procede más del mundo germano, donde, como sabemos, existía una doble legitimación para crear Derecho; la que ostentaba el Monarca y la detentada por el Parlamento, si bien dentro de esta última corriente de pensamiento existen varias teorías

que justifican de distinto modo la atribución de esos poderes propios en favor de la Administración.

5. Por lo que hace referencia a la figura del Reglamento independiente, la admisión del mismo no es compartida por todos. Esta falta de unanimidad no es nueva y ha producido una singular paradoja: de pocas figuras jurídicas se discute tanto su viabilidad constitucional. Las razones que provocan estas discrepancias en torno a la existencia de reglamentos independientes tienen, en gran medida, su origen en las distintas formas de entender el Estado de Derecho, la división de poderes y el principio de legalidad.

6. La discusión sobre la existencia de un poder normativo propio de la Administración está presente en lugar preferente en toda la historia constitucional contemporánea de los distintos países europeos desde el triunfo de la teoría sobre la división de poderes como ideario integrante de la Revolución francesa.

7. La historia de la potestad reglamentaria tiene su punto de partida en nuestro país en el artículo 171-1º de la Constitución de 1812. Y por lo que al Reglamento independiente se refiere, en España, la evolución de la figura presenta caracteres definidos, homogéneos y francamente pragmáticos. La regulación que las constituciones del siglo XIX dejan en el más absoluto de los olvidos este tipo de normas. Sin embargo, en la práctica los reglamentos independientes, aunque no muy numerosos, existían al margen de toda habilitación constitucional y eran admitidos por la mayoría de la doctrina.

REGLAMENTO INDEPENDIENTE Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. Introducción

El principio de legalidad es entendido mayoritariamente hoy, tal y como veíamos en la primera parte de nuestro trabajo, como la vinculación positiva de la Administración a la Ley. La construcción teórica y progresiva del mismo se basa en que, al igual que el acto administrativo necesita siempre para poder ser dictado que una norma reconozca al órgano que lo dicta la competencia para ello, el Reglamento, necesita, igualmente, que una Ley prevea la posibilidad de que la Administración pueda dictarlo en el ámbito de que se trate, esto es, que exista una norma con rango de Ley que habilite a la Administración para que esta pueda actuar normativamente mediante la aprobación de los reglamentos.

Como vemos, la construcción teórica del principio de legalidad, en cuanto a la vinculación positiva de la Administración a la Ley, es bastante coherente con el Estado de Derecho y se presta poco a ser la causa de problema alguno. Sin embargo, "...rara vez el mundo del Derecho se deja enzarzar en fórmulas tan poco flexibles. Y la potestad reglamentaria no es la excepción."¹⁰⁰

La vinculación positiva de la Administración a la Ley es la postura comúnmente aceptada por la mayoría de la doctrina que se pronuncia en torno a las relaciones de la Administración con el Derecho. Algunos autores expresan posturas radicales al respecto y ligan la vinculación positiva de la Administración a la Ley con la existencia del propio Estado de Derecho; "negar esa vinculación o sujeción no resulta posible, sin, al tiempo, negar el Estado mismo de Derecho."¹⁰¹

La vinculación positiva de la Administración a la Ley es un paso posterior al inicial reconocimiento de una vinculación negativa.

Supone pasar de la creencia de que la Administración puede hacer todo aquello que no le prohíba la Ley a realizar, exclusivamente, aquello que la norma con rango legal le permita.

¹⁰⁰ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op., cit., página 176.

¹⁰¹ GONZÁLEZ SALINAS, J.: "Puntos de referencia entre Ley, Reglamento y Acto administrativo". RAP (121), año 1990, página 193.

Implica, en definitiva, sujetar de una manera más clara y eficaz la actividad administrativa a la Ley como norma jurídica superior, únicamente limitada por la Constitución y emanada del órgano con mayores cotas de legitimación democrática. Por consiguiente, debe ser ésta la que le marque el camino a seguir a la Administración en sus actuaciones.

2. El principio de legalidad en la Constitución española de 1978

La Constitución garantiza en su artículo 9.1 y 9.3 el principio de legalidad, el cual, se configura como uno de los soportes fundamentales del Estado de Derecho. En el sentido que le da la Constitución española de 1978, debe ser entendido "...como la supremacía de la ley parlamentaria sobre las normas y actos emanados de los órganos administrativos."¹⁰² Además, como expresa Martín Bassols, "la Constitución...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."¹⁰³

Se hace, por consiguiente, necesario el análisis de la concepción de la legalidad que se acoge en nuestro ordenamiento desde la promulgación de la Constitución de 1978, debido a la notable influencia que el mismo ejerce sobre las diferentes manifestaciones de la potestad reglamentaria y su íntima conexión con la posibilidad o no del reconocimiento de la existencia de reglamentos independientes en nuestro sistema jurídico actual. Analizaremos, por tanto, cuáles son las articulaciones de las relaciones entre la Ley y el Reglamento que se establecen en la Constitución.

2.1. La primacía de la Ley

Es evidente, en primer término, que la Constitución da una primacía clara y diáfana a la Ley frente al Reglamento. La supremacía predicada de la Ley podría ser interpretada, en principio, como que la actividad administrativa debe ser conforme con la legalidad parlamentaria y, por tanto, debe contar, siempre a priori, ex ante, con una cobertura legal para que pueda ser conforme a Derecho.

¹⁰² LEGUINA VILLA, J.: "Principios generales del Derecho y Constitución". RAP (114), 1987, página 26.

¹⁰³ BASSOLS COMA, M.: "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución". RAP (88), 1979, página 116.

Con esta legalidad ex ante, se consigue el efecto adicional de que las potestades que se le reconocen a la Administración están estrictamente tasadas, tanto desde el punto de vista de su extensión como de su contenido, por la norma habilitante, la cual, no puede otorgar potestades ilimitadas o incondicionadas y, por tanto, teóricamente, reduce las arbitrariedades al sujetar a la Administración a una actuación conforme a lo establecido previamente en la norma legal. No se puede defender, como lo ha hecho en alguna ocasión alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo, un principio de legalidad ex post, controlado por el poder judicial a posteriori, e igualmente garante de los principios constitucionales, puesto que puede llevar a resultados francamente perniciosos. ¿Por qué vamos a practicar una medicina paliativa, quirúrgica, (léase controlar a posteriori la actividad administrativa) si podemos aplicar una medicina preventiva? ¿Por qué vamos a obligar a enfermar a los ciudadanos y acudir a los hospitales cuando, además sabemos que existen allí unas largas listas de espera (léase largos periodos de tiempo ante los tribunales en espera de juicio) para solucionar su problema, un problema que podía haberse resuelto con un tratamiento ambulatorio? Y, por último, ¿por qué vamos a arriesgarnos a entrar en el quirófano (léase ir a juicio) si existe una posibilidad fundada de que no quedemos como estábamos por culpa de una mala política preventiva por parte de las autoridades sanitarias? ¿Es que los médicos (léase jueces) son infalibles y pueden arreglar a posteriori todas nuestras dolencias?

Por todo ello está claro que es mucho más recomendable una buena medicina preventiva en forma de principio de legalidad ex ante en la que la norma habilitante indique a la habilitada el camino a seguir y se eviten así costes innecesarios. En resumidas cuentas, es mejor prevenir que curar.

Sin embargo, el precepto concreto de nuestra norma constitucional que más claramente señala la vinculación positiva de la Administración es el artículo 103,1, que establece que “la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa...con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho.”

Aquí es donde se contiene el principio de legalidad específicamente referido a la Administración y no el principio de legalidad general para todos los poderes públicos que se contiene en el artículo 9 anteriormente citado. De esa previsión constitucional se extrae la consecuencia de que toda la actividad administrativa debe sujetarse a la Ley y al bloque de legalidad, es decir, al resto de normas. En una aplicación estricta del principio de legalidad, la interpretación que se hace es la siguiente: como la Ley es la norma superior en la que tienen que estar basadas, a modo de cascada, el

resto de normas jurídicas, toda la actividad administrativa queda sometida al principio de legalidad y existe una vinculación positiva de la Administración a la Ley, puesto que ésta sólo puede hacer lo que le marca la norma legal y todas aquellas normas que, en desarrollo de la misma, ha aprobado la propia Administración lo ha hecho porque la Ley le ha habilitado para ello. Así, “el Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina de manera positiva la acción administrativa.”¹⁰⁴

Para el propio García de Enterría, el ámbito natural de la potestad reglamentaria viene constituido por el de la materia administrativa, siendo este terreno concreto el único donde puede desplegarse una capacidad normativa no sujeta plenamente a la Ley y, por ende, sólo en esas materias pueden desplegar sus efectos el Reglamento independiente.¹⁰⁵

2.2. Precisiones terminológicas y doctrinales dentro de nuestro marco constitucional

Vimos en la primera parte de nuestro trabajo como existen distintos modos de entender el principio de legalidad así como distintas formas también de explicar este principio.

La postura que adoptemos en torno al principio de legalidad y su influencia en la actuación de la Administración es decisiva a la hora de considerar la posibilidad de que existan reglamentos independientes en nuestro Derecho o no; a la hora de la admisión de figuras como la reserva de Ley, etc. De la concepción que se tenga en torno a la posición de la Ley en nuestro ordenamiento jurídico y de la vinculación que la Administración tenga a la misma se extraen, por tanto, consecuencias varias y todas ellas importantes.

¹⁰⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA- T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ : “Curso de Derecho Administrativo”, 2ª Edición ,1977, página 255 in fine. Nótese la fecha de impresión del libro y la concepción que ya en aquella época, anterior a la promulgación de la Constitución, tenían los autores citados.

¹⁰⁵ Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso de derecho Administrativo”. Editorial Civitas. 7ª Edición. Madrid 1995, páginas 239 a 243, donde se explican las relaciones existentes entre la Ley y el Reglamento tras la aprobación de la Constitución de 1978. En esas páginas se mantiene la postura de que el Reglamento independiente de la Ley en la materia relativa a la libertad y a la propiedad ha quedado formalmente excluido de nuestro Derecho por el juego de los artículos 53.1 y 81.1 en materia de libertades y del artículo 33.2 y el artículo 38 en cuestiones de propiedad. Se afirma que el papel del Reglamento queda relegado al desarrollo de las previsiones legales en aquellos supuestos en que sea llamado por la norma legal para desarrollar estas cuestiones referentes a la libertad y la propiedad. Enterría sólo acepta la existencia de reglamentos independientes para la regulación de algunos aspectos organizativos y en los supuestos de relaciones de sujeción especial.

Algunos autores mezclan el principio de legalidad con el de juridicidad, con lo que el primero queda prácticamente vaciado de contenido, como pone brillantemente de manifiesto el Profesor Rubio Llorente en un artículo de recomendable lectura en el que responde, a título póstumo, a I. De Otto y a la concepción que del principio de legalidad tenía el Profesor fallecido.¹⁰⁶

Para Rubio Llorente el principio de legalidad debe articularse en torno al pensamiento de que "...todos los restantes poderes del Estado están sometidos al legislativo."¹⁰⁷ Esta concepción deriva del principio democrático que acoge nuestra Constitución, el cual tiene como consecuencia fundamental que sea el Parlamento el único órgano legitimado para crear Derecho. Opina Rubio que resulta imposible, en este contexto proclamado por la Constitución española de 1978, hablar de un dominio propio o reservado a la Ley, porque éste abarca toda la actividad del Estado. "No hay reserva de Ley porque ninguna actuación del poder es legítima al margen de ella."¹⁰⁸

La postura radical del otrora Magistrado del Tribunal Constitucional no es la única que se expresa en ese sentido de atribuir a la Ley, como expresión de la voluntad popular, todo el protagonismo normativo en nuestro sistema legal. Coincide bastante con la anteriormente apuntada de García de Enterría, quien, ya en 1977, es decir, antes incluso de la aprobación de la Constitución, como se ha constatado en la cita anterior, afirmaba que "...no hay en Derecho español ningún espacio franco o libre de Ley en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre."¹⁰⁹

Sin embargo, no todos los autores en nuestro país aceptan la teoría de la vinculación positiva de la Administración a la Ley.

Por ejemplo, A. Nieto¹¹⁰ no acepta que exista una vinculación positiva de la Administración a la Ley en todos los casos. Por el contrario opina que existe un campo inmenso en el que la Administración se mueve libremente sin tener que pensar en si están o no tipificadas por una norma las actividades que lleva a cabo a la hora de satisfacer los intereses generales, que es el fin público genérico que debe cumplir la Administración. Para Nieto García la

¹⁰⁶ RUBIO LLORENTE, F.: "El principio de legalidad". Revista española de Derecho Constitucional". Revista Española de Derecho Constitucional (39), 1993.

¹⁰⁷ Ibidem...página 21.

¹⁰⁸ Ibidem...página 22.

¹⁰⁹ Curso...op. cit., 2ª Edición. Madrid 1977, pág. 255.

¹¹⁰ Véase A. NIETO GARCÍA: "Estudios Históricos sobre la Administración y el Derecho Administrativo". INAP. Madrid 1986.

llamada vinculación positiva no es, ni más ni menos, que una traslación al Derecho Administrativo de la tipificación del Derecho Penal, lo que supone una exageración, una actitud fetichista ante la Ley.

Tampoco es partidario de la teoría de la vinculación positiva Garrido Falla.

Para este autor no existe una vinculación positiva de la Administración a la Ley por dos motivos fundamentales.

“En primer lugar, porque la concepción del Estado social de Derecho, que obliga a los Poderes Públicos...a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9,2), no parece compatible con una Administración que no puede hacer nada - ¡ni siquiera eso que la Constitución ordena! - para lo que previamente no haya sido habilitada por la Ley...En segundo lugar, porque el artículo 97 atribuye directamente (es decir, sin necesidad de previa delegación legislativa) al Gobierno la potestad reglamentaria; y el Reglamento autónomo es obstáculo insuperable para la positive Bindung o vinculación positiva a la Ley. En fin, porque el artículo 103,1 otorga a la Administración el papel positivo de servir a los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de eficacia “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, expresión absolutamente significativa que nos exonera de mayores esfuerzos a favor de la postura que aquí se mantiene.”¹¹¹ Como vemos, el argumento del Estado de Derecho es utilizado en uno u otro sentido, según se quiera defender un concepto u otro de legalidad.

Garrido Falla critica la postura de Enterría mediante la siguiente argumentación.

Para Garrido Falla, el problema está en que García de Enterría “...mezcla indistintamente dos problemas: el de la postura de la Administración (es decir, de toda la actuación administrativa, por vía reglamentaria o singular) frente a la Ley (formal), con el de la necesidad o no del Reglamento administrativo (o de Ley formal), previo a la actuación administrativa por vía singular. Con respecto al primero, hay que repetir, como ya en otras ocasiones hemos mantenido, la siguiente tesis: que, en defecto de Ley expresa, la Administración está habilitada para actuar, salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo.”¹¹²

¹¹¹ GARRIDO FALLA, F.: “Tratado de Derecho Administrativo”. 10ª Edición, 1987, página 179.

¹¹² *Ibidem*..., página 129

“Respecto del principio del reglamento previo...hay materias en las que el principio es absolutamente indiscutido; en general, en cuantas intervenciones administrativas supongan una invasión de las esferas jurídicas individuales, especialmente, por tanto, en materias de policía, pero esto no obsta a que se puedan encontrar otros casos en que una actuación singular administrativa, en materia no previamente reglamentada, sea posible e incluso necesaria.”¹¹³

Garrido Falla defiende la postura de que de los tres modelos que el Derecho Comparado nos ofrece con relación al tema de la potestad reglamentaria, nuestra Constitución sigue el modelo en el que, si bien la función normativa está atribuida como regla general al Poder legislativo, constitucionalmente se atribuye al Poder ejecutivo la facultad de emanar normas jurídicas con la limitación de que estas normas no incidan en materias constitucionalmente reservadas a la Ley y de aquellas otras que no estándolo hayan sido reguladas por Ley.

Como vemos, el debate es crucial para decidir si existe la posibilidad de dictar reglamentos independientes en nuestro sistema jurídico o no. Si se acepta el punto de vista de García de Enterría o Rubio Llorente, puesto aquí de manifiesto por ser dos de los más destacados representantes de nuestro Derecho Público en sus dos vertientes más significativas, el Administrativo y el Constitucional, se hace prácticamente imposible la aceptación de la existencia de reglamentos independientes, si bien García de Enterría los acepta en materia de organización administrativa interna y de relaciones de sujeción especial cuando no estén en juego derechos fundamentales, tal como se señaló con anterioridad. Acude para ello a las rancias doctrinas alemanas que diferencian entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos y a las doctrinas francesas desarrolladas a finales del siglo pasado por Carré de Malberg. Si aceptásemos este punto de vista, tan sólo podrían proyectarse los mismos sobre materias puramente administrativas que versasen sobre la organización interna de la Administración y las relaciones de especial sujeción que no afectasen a ningún derecho fundamental. Todo lo demás quedaría sujeto a las previsiones que hiciera la Ley en virtud de la vinculación positiva que la Administración tiene frente a esta norma jurídica superior que expresa la voluntad general.

Llegados a este punto, se hace necesario articular técnicamente un procedimiento por el cual la vinculación positiva de la administración a la Ley se flexibilice en aras de dar una respuesta o explicación práctica a lo que sucede en el mundo de los hechos, donde podemos observar sin

¹¹³ GARRIDO FALLA, F.: “Tratado...” op. cit., página 130.

demasiada sorpresa como la Administración ha dictado, dicta y dictará reglamentos independientes. Incluso, después de aprobada la Constitución española de 1978 se ha producido este fenómeno, si bien es cierto que se ha atenuado notablemente como consecuencia del juego de las distintas materias que exigen regulación por norma con rango de Ley con carácter previo en nuestra norma constitucional.

En definitiva, se hace necesario, desde un punto de vista práctico, establecer una correcta articulación de la teoría de la vinculación positiva de la Administración a la Ley, sin caer en posturas radicales y maximalistas que lo único que consiguen es tener poca traducción práctica y que, por tanto, se alejan de la actividad que lleva a cabo la Administración de manera cotidiana. Eso es lo que ha sucedido a lo largo de la historia constitucional española, en la que las corrientes teóricas y las interpretaciones que de las previsiones constitucionales se han hecho han propiciado en todas las épocas un enorme, y nada aconsejable, distanciamiento entre teoría y práctica.

2.3. La reserva de Ley

La figura o técnica de las llamadas reservas de Ley juegan en este contexto un papel de primer orden en cuanto a la articulación y definición de los ámbitos sobre los cuales no puede la Administración operar con libre arbitrio, sino sometida a las previsiones que se contengan en una norma legal previa. Así, cuanto mayores ámbitos entendamos comprendidos dentro de la técnica de la reserva de Ley, correlativamente menor será el espectro normativo sobre el que la Administración podrá actuar sin sujeción a dicha norma.

En este sentido, la interpretación y el alcance que demos a los artículos 53,1 y 10 de la Constitución española de 1978 será determinante. Si se entendiese, como lo hacen algunos autores, que todo está constitucionalmente reservado a la Ley, el principio de legalidad haría superfluo la institución de la reserva. Eso es lo que se producía en los sistemas seguidores de una concepción jacobina o formal de la ley, en los que los reglamentos, reconocidos a regañadientes por la inercia de los acontecimientos, al ir claramente en contra de la teoría de la división de poderes y del principio democrático, cumplían una única función: la de la mera ejecución de las leyes. En estos sistemas la reserva de Ley carece de utilidad práctica. Todo lo contrario ocurría, recordemos, en los sistemas germánicos, donde la legitimidad dual derivada del principio monárquico, suponía el reconocimiento de ámbitos propios de poder en favor del poder

ejecutivo. En ese contexto cobraba plena virtualidad la técnica de la reserva de Ley como fórmula de delimitar o de poner freno a la expansión normativa del ejecutivo, prohibiendo su intervención no subordinada a la Ley formal como norma que ofrecía mayores garantías para los ciudadanos en las materias relevantes donde estaban en juego derechos o intereses importantes para los mismos y que se reconducía a todo lo atinente a la libertad y a la propiedad de los mismos.

La existencia de materias reservadas a la Ley en algunos sistemas normativos implica que existen materias en las que la Administración debe sujetarse a las normas de ese tipo en los ámbitos reservados. Sin embargo, en los ámbitos no reservados a la Ley no se exige, en esos ordenamientos, una autorización positiva de la Ley para que el Reglamento pueda regular una materia.

Pues bien, debemos analizar cuál es el sistema elegido por nuestra norma constitucional. Debemos ver si toma partido por alguno de estos sistemas históricos o introduce alguna novedad digna de ser destacada.

Parece claro que nuestra Constitución no ha querido establecer una reserva absoluta de Ley, es decir, una aplicación estricta del principio de legalidad.

Ello obedece, probablemente, al pragmatismo de nuestro constituyente, que supo ver la imposibilidad práctica, y poco aconsejable, de encorsetar a la Administración en un momento histórico en el que el papel que juega dicha institución en todos los países de nuestro entorno es de primer orden, actuando con un dinamismo que tiene difícil acomodo con las doctrinas decimonónicas acerca de lo que debe ser la legalidad o no. Hoy en día se impone una interpretación más flexible de la vinculación de la Administración a la Ley en el sentido que ya invocó hace algunos años Hauriou. El administrativista francés afirmaba, recordemos, que la vinculación de la Administración a la Ley debía entenderse como una vinculación no sólo a las normas de ese tipo sino al bloque de la legalidad. Ese parece ser el camino que sigue nuestra Constitución al establecer en su artículo 103,1 que “la Administración sirve con objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” Luego no sólo a la Ley está vinculada positivamente nuestra Administración Pública, sino al entero bloque de legalidad que constituye el Derecho aplicable en nuestro país actualmente. Esto implica el hecho de que la Administración, cuando actúa debe sujetarse al Derecho en general, no sólo a las leyes, sino también a los reglamentos y al resto de disposiciones en donde se encuentran las potestades que se le reconocen en una materia a la organización

administrativa para poder actuar. Por tanto, existe una vinculación positiva de la Administración a todo el bloque de legalidad, que tiene como finalidad principal el evitar que la Administración actúe de una forma arbitraria, no sujetándose a los predicamentos que las normas, de uno u otro rango, le imponen.

Y esta concepción de la legalidad que acoge nuestra Constitución hace que el artículo 97 le atribuya directamente al Gobierno la potestad de crear Derecho sin necesidad de habilitaciones concretas. Y la intensidad, la forma y los ámbitos sobre los que puede crear Derecho ese ente constitucional son diferentes dependiendo del juego de relaciones que existan entre la Ley y el Reglamento en los ámbitos concretos de que se trate. Así, en los ámbitos reservados a la Ley por nuestra Constitución, la potestad reglamentaria del Gobierno sólo podrá ejercerse para completar o desarrollar de algún modo la regulación efectuada en primer término por el legislador y sólo será posible que el Reglamento entre a normar secundariamente esa materia en la medida en que el legislador así lo haya previsto en la norma que aprueba previamente.

Por el contrario, en aquellas materias no reservadas a la Ley, la potestad reglamentaria puede desplegar todos sus efectos con el fin de suplir esas previsiones legales, con base en la satisfacción del interés general que el Gobierno representa como cabeza máxima de la Administración en tanto en cuanto el legislador no considere oportuno cubrir esa parte del ordenamiento con una norma con rango de Ley formal, puesto que, en cualquier momento el legislador puede recabar para sí la regulación de la materia. El legislador no se encuentra limitado materialmente, al no existir en nuestra norma constitucional una reserva en favor del Reglamento, por lo que la Ley no encuentra freno alguno en nuestro sistema constitucional. Los reglamentos que la Administración puede dictar en estos ámbitos concretos y determinados carentes de reserva de Ley, son los denominados reglamentos independientes. La regulación que el poder ejecutivo efectúe debe respetar los principios constitucionales, amén de los principios generales del Derecho. Debe, además, servir con objetividad los intereses generales, sin perjuicio del control jurisdiccional a posteriori reconocido en favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, si la materia está previamente regulada por una Ley, pese a no existir una reserva material de Ley en la Constitución a favor de la misma, se produce lo que la doctrina denomina una congelación de rango, basada en el principio de jerarquía normativa, con lo cual el Reglamento que pretenda regular esa materia sólo puede ser un Reglamento ejecutivo que desarrolle o complemente las previsiones que en la Ley anterior se contengan. Asimismo, si el legislador

opta por cubrir con una norma legal una materia que hasta ese momento venía rigiéndose por un Reglamento independiente, ese Reglamento decae en favor de la norma legal por el mismo principio de jerarquía normativa, basado en la distinta cualidad de los órganos que emanan cada una de las normas con capacidad de crear relaciones jurídicas ad extra.

Este breve excursus cargado de contenido sirve de anticipo al desarrollo posterior que llevaremos a cabo en torno a las posibilidades y los ámbitos sobre los que se puede proyectar el Reglamento independiente en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico actual.

Vaya por delante que, como ya hemos dejado claro en los párrafos anteriores, pensamos que el Reglamento independiente es permitido hoy en día en España. Afirmar lo contrario es simplemente vivir de espaldas a la realidad o elucubrar en torno a cuestiones de lege ferenda. De lege data, el Reglamento independiente existe en la España de finales del siglo XX regida por la Constitución de 1978. Otra cosa bien distinta es la fijación de los ámbitos a los que pueda quedar recluido, puesto que es evidente que hay que dar un mayor protagonismo a la norma legal y que, de hecho, con el juego de las numerosas reservas materiales de Ley que se contienen en nuestro texto constitucional, la virtualidad del mismo es ínfima. Pero, como las meigas, “haber los, hay los”.

3. El mito de la vinculación positiva

Algunos autores opinan que, desde un punto de vista estricto, la doctrina de la vinculación positiva carece de un contenido dogmático. Siguiendo a Baño León en este punto, hemos de decir que “...lo que expresa la doctrina de la vinculación positiva es un desideratum y no un contenido dogmático. La óptica de que la Administración necesita para ejercer sus potestades habituales la previa autorización de la ley; no de que cada actuación de la Administración haya de seguirse de una ley. La práctica administrativa en todos los países y en todas las circunstancias demuestra que este último entendimiento de la vinculación positiva es absurdo.”¹¹⁴

Es cierto que no es posible dar la espalda a la realidad normativa y explicar las relaciones entre la Ley y el Reglamento y, por tanto, la actuación de la Administración Pública, de un modo rígido. Es necesario, en cambio, dotar de cierta flexibilidad a esas relaciones y actuaciones administrativas, puesto que la función que cumple la Administración Pública en las sociedades

¹¹⁴ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op. cit., pág. 176.

actuales tiene una especial relevancia y no puede ser condenada a un ostracismo legalista que reduzca a la mínima expresión la enorme cantidad de actividades con externalidades positivas que lleva a cabo hoy en día nuestra Administración, la cual, por otra parte, está dotada en sus escalones jerárquicos superiores de una legitimación que, sin llegar a los niveles de la institución parlamentaria, sí que garantizan la efectividad y vigencia en nuestro sistema jurídico del principio democrático.

No se trata de otorgar grandes ámbitos de apoderamiento a la Administración para que ésta actúe de una manera libre y arbitraria. Se trata de articular y encauzar la necesaria y abundante actividad que las administraciones llevan a cabo hoy en día en todos los países desarrollados a través de la regulación de los mecanismos oportunos para hacer efectivo el sometimiento de la Administración a la Ley, tal y como se refleja en nuestro texto constitucional, el cual cubre de normas legales la práctica totalidad del espectro normativo mediante reservas materiales de Ley. Si se interpreta de una manera rígida y estricta ese juego de las reservas, el papel que se le otorga al Reglamento es nulo y la actividad de la Administración, por tanto, queda literalmente capada. Por ello, es preferible no caer en maximalismos y encontrar un cauce de aproximación entre las teorías dogmáticas y las realidades prácticas que sirva de manera efectiva para solventar las disfunciones que se producen entre ambas cuestiones.

Por tanto, pensamos que no se debería reducir la teoría de la vinculación positiva al absurdo el principio de legalidad por la vía de llevarlo a extremos poco prácticos y desviados de la realidad en las sociedades actuales.

La teoría de la vinculación positiva a la Ley debe la mayor parte de sus planteamientos, con carga dogmática o sin ella, a las aportaciones de Merkl, Carré de Malberg y Zanobini a principios de este siglo como reacción a la doctrina jurídico-pública propulsada por Gneist y seguida por parte de la doctrina italiana y que defendía la existencia de ámbitos discrecionales de poder donde podía operar una potestad reglamentaria independiente paralela a la que tenía por finalidad la ejecución de las leyes. Esta línea de pensamiento tenía como antecedente la doctrina alemana de la Ley material, que, como sabemos, dejaba en manos del Monarca un importante poder normativo residual que se desarrollaba libremente en el ámbito no cubierto por la reserva legal.¹¹⁵

¹¹⁵ Véanse las brillantes reflexiones a este respecto contenidas en el artículo de J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ FERRER: "La potestad reglamentaria..." op., cit., páginas 162 y 163.

La idea que funciona como soporte de la teoría de la vinculación positiva de la Administración la transmite muy gráficamente Zanobini cuando afirma que la Ley dice lo que la Administración puede hacer, ya que, mientras el individuo puede hacer todo lo que no le esté expresamente prohibido, la administración puede hacer solamente lo que la Ley expresamente le consiente hacer.

Pero, si bien es cierto que, habitualmente, la actividad administrativa estará fundamentada y basada en una norma con rango de Ley que le habilita para desarrollar la regulación de una materia hecha, *prima facie*, en sus puntos más esenciales por la ella, también lo es que existen ocasiones en las que, de hecho, la Administración, ya sea por motivos de urgencia o por cualquier otro motivo, actúa sin sujetarse a las coordenadas marcadas con anterioridad por una norma con rango de Ley.

Entre los autores españoles fue Ballbé el primero que dio un giro radical en la explicación de la relación existente entre la Administración y la Ley, desmarcándose de la idea dominante en la época que propugnaba que la norma legal era un simple límite exterior a la actividad libre de la Administración. Para Ballbé, en cambio, la Administración sólo podía hacer lo que el Derecho le permitiese.

Esta es la postura que toma y desarrolla posteriormente en la doctrina española García de Enterría, para quien el principio de legalidad opera como cobertura legal de toda la actuación administrativa. Sin una atribución legal de potestades, la Administración no puede actuar simplemente.

La idea y la substancia del concepto de Ley y del principio de legalidad que sostiene Enterría es impecable desde un punto de vista histórico, dogmático y jurídico.

Sin embargo, cuando descendemos al terreno de los hechos, no podemos desconocer la realidad cotidiana que rodea la actividad diaria de nuestra Administración Pública. En ese contexto, no deberíamos rasgarnos las vestiduras porque se de la circunstancia en nuestro ordenamiento de la no sujeción plena siempre y en todos los casos de la actividad de nuestra Administración Pública a la Ley.

El entendimiento y las relaciones que se daban entre la Ley y el Reglamento en el siglo pasado no son, no pueden ser por pura lógica, las mismas. El

papel que cumplen ambas normas y las instituciones de las que emanan no pueden ser tampoco idénticas a las del siglo pasado.

Si eso es así, si contemplamos la imposibilidad de seguir explicando las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo desde los parámetros utilizados por los jacobinos en el siglo pasado; ¿por qué nos aferramos a un imposible?, ¿por qué seguir pensando que el Reglamento debe quedar reducido a la mínima expresión si hasta los más recalcitrantes enemigos de la norma reglamentaria tuvieron que claudicar en los inicios del siglo pasado por la fuerza de los hechos?, ¿por qué no tratamos de reconducir hacia otros terrenos la cuestión? Y la cuestión es que la Ley en los últimos cien años ha ido perdiendo progresivamente terreno a favor del Reglamento. ¿Por qué se ha producido este hecho constantemente? Desde nuestra modesta opinión, la respuesta, sin ser diáfana ni obedecer a un sólo dato, puede hallarse, entre otros motivos, en que el poder ejecutivo no sólo no ha estado nunca dispuesto a renunciar a sus ámbitos de poder sino que tenderá a extenderlos en la medida en que ello le sea posible. Es lógico. En cualquier sociedad, incluso en las más democráticas del mundo, en las que más estrictamente se aplicase el principio de vinculación positiva a la Ley, existen actuaciones discrecionales del ejecutivo, porque para mandar y hacer cumplir lo preceptuado por las leyes es inevitable acudir, en ocasiones, a actuaciones más o menos discrecionales. Pensemos, por ejemplo, en las actividades de mantenimiento del orden público. Las actividades que lleve a cabo la Administración Pública en este terreno limitarán normalmente las libertades de los ciudadanos.

Lo que ocurre es que la libertad y la propiedad actualmente cumplen una función social y, en la medida en que sea necesario para el interés general, pueden ser limitadas por los poderes públicos. Y esas limitaciones se llevan a cabo mediante distintas prerrogativas que tiene reconocidas la Administración. Si bien es cierto que las actuaciones que lleve a cabo la misma en este ámbito deben estar supeditada a los mandamientos legales, no lo es menos que el margen de discrecionalidad con que cuenta la misma es bastante amplio. Es más, las sociedades con más tradición y raigambre democrática, donde la Ley es la única norma reconocida con capacidad para crear Derecho, son las que establecen unos mecanismos de autoprotección más severos para mantener la convivencia normal entre los miembros de la colectividad, dotando al ejecutivo de grandes prerrogativas de actuación no siempre previstas hasta el último detalle en la norma legal.

Los distintos intentos de hacer desaparecer de la faz del ordenamiento jurídico todo indicio de discrecionalidad han ido, uno a uno, fracasando. Así

lo demuestra el hecho de que en la única Constitución actualmente vigente en la que se contempla explícitamente una reserva absoluta de Ley se tenga que admitir finalmente la existencia de ámbitos discrecionales de ejercicio del poder. Nos referimos a la Constitución austriaca, que en su artículo 18,1 establece que “la Administración estatal sólo puede actuar sobre la base de las leyes” como opción clara por una reserva de Ley absoluta. Sin embargo, el artículo 30,2 prevé la existencia de la discrecionalidad “cuando la ley prescinde de una regulación que sujete la actividad de las autoridades administrativas y remita la determinación de esa actuación a las propias autoridades.” La concesión de potestades de elección en cuanto al desarrollo de una materia por parte del ejecutivo austriaco parece evidente, por lo que no se puede concluir que se haya establecido en el ordenamiento austriaco una reserva absoluta de Ley.

Lo que hay que hacer, por tanto, es establecer cuáles hayan de ser los límites con los que esa discrecionalidad pueda expresarse y los ámbitos en los que se puede ser más o menos discrecional, ámbitos en los que se debe ser más cuidadoso por estar en juego derechos y principios más importantes. Pero, sobre todo, lo que hay que tratar es de hacer posible que ese control no lo opere sólo la Ley, sino introducir mecanismos adicionales de control de la discrecionalidad administrativa. Que sea la Ley el principal elemento de contraste de la validez de la norma reglamentaria, tal y como establece nuestra norma constitucional, pero que no sea el único. Existen herramientas adicionales de control de la discrecionalidad normativa de la Administración en el propio texto constitucional que, quizás, no se les ha otorgado todavía el papel que debieran cumplir.

No hace mucho tiempo se incorporó el control a posteriori por parte de los tribunales a través de la teoría del control de los elementos reglados con unos resultados francamente alentadores y hoy es plenamente aceptado por todos los sectores jurídicos sin ningún reparo que el control judicial a posteriori de la actuación administrativa, tanto en lo referente a los actos singulares como a las disposiciones generales, no sólo no supone una intromisión del poder judicial en la esfera del poder ejecutivo, sino que es necesaria y efectiva a la hora de sujetar a este poder ejecutivo al principio de legalidad, reducir las arbitrariedades y servir de una mejor manera al principio democrático. Pues bien, no paremos de establecer controles eficaces una vez que sabemos por la Historia que no es posible, ni siquiera conveniente, eliminar de raíz la actividad administrativa no sometida a la Ley. Y en ese contexto, el siguiente paso en cuanto al establecimiento de controles adicionales sobre la actividad administrativa debe ir por el camino de permitir en la medida de lo posible la participación de los ciudadanos en

la actividad administrativa, fundamentalmente por lo que se refiere a la actividad de creación de normas, estableciendo de esta manera un control a priori del contenido de la norma, control complementario y mas eficaz incluso que el a posteriori llevado a cabo por los Tribunales, haciendo primar de manera real y efectiva el principio democrático. Se trata, en definitiva, de acercar cada vez más esa norma reglamentaria a los ciudadanos llamados a observarla, porque sólo así seremos capaces de que el gran número de ellas que se dictan en nuestro país y se incumplen sistemáticamente sean conocidas y aceptadas socialmente. Pero sobre todo, se trata de involucrar a los diferentes sectores sociales en la vida del país, haciéndoles ver que hoy en día no existe una diferencia insalvable entre los objetivos del Estado y los de la Sociedad, porque el Estado es social y el conjunto de la Sociedad es el Estado.

Dos son las labores más importantes que tiene planteado el Derecho actualmente. Primero, acercar las normas a los ciudadanos, dotarlas de la debida publicidad, increíblemente insuficiente en el umbral del año dos mil a pesar de las mejoras introducidas últimamente, para que sean conocidas y respetadas, haciéndoles partícipes de las mismas siempre que ello sea posible como medio de conocerlas mejor, aceptarlas y respetarlas.

Segundo, recuperar el protagonismo social por el Derecho como modo de regular las relaciones económicas de una manera equilibrada y devolver desde las normas jurídicas la ética en los negocios, siendo en este sentido muy importante el imponer normas de comportamiento ético a los servidores públicos como forma de dar ejemplo. Parece que por este camino es por donde pueden explicarse informes como el Nolan en Inglaterra o la previsión de recomendar la observancia de determinados comportamientos éticos en el actuar de los funcionarios públicos en el proyecto de reforma de la Función Pública que se pretende incorporar en los próximos meses en España mediante la aprobación del Estatuto Básico. Hay que tener cuidado con la imposición y la regulación en normas de este tipo de comportamientos éticos, por las posibles desvirtuaciones de las finalidades que se persiguen que los mismos podrían dar lugar, pero nos parece loable el talante con el que se regula en el Borrador de es Proyecto, no imponiendo los comportamientos pero si premiándolos, haciéndolos constitutivos de méritos a la hora de proyectarse profesionalmente, siendo lo más importante, quizás, el llamar la atención sobre estas cuestiones y otorgarles la relevancia que poseen en el momento actual.

Es necesario establecer unos parámetros de comportamiento comúnmente aceptados en las relaciones sociales y económicas y sancionar a los que las

contravengan, creándose así una cultura de respeto a las normas y a la ética profesional que no existe hoy en ningún país donde los criterios puramente económicos han tomado las riendas de la Sociedad. Esto se conseguiría, sin duda, dando un mayor protagonismo a la Sociedad en la labor de creación y codificación de este tipo de comportamientos.

Lo que a nosotros nos interesa en este trabajo es, sobre todo, el aspecto que hace referencia al acercamiento de la norma jurídica al ciudadano. En este sentido, pensamos que la herramienta jurídica ideal para ello es el Reglamento. Las leyes cada vez se alejan más del ciudadano, mientras que el Reglamento se acerca más a él. Por eso podemos afirmar que, mientras la Ley enferma, el Reglamento goza de una salud de hierro.

Será, no obstante, en la tercera parte de nuestro trabajo donde insistamos en estos aspectos formales de una manera más profunda, centrándonos, en esta segunda parte, más en los aspectos materiales.

4. El principio de legalidad no debe suponer la existencia de una reserva total de Ley. Análisis de los argumentos en favor de una legalidad estricta y su posible aplicación al caso español

Los argumentos dogmáticos que se han esgrimido por los partidarios de una determinada concepción de la legalidad que desdeña la existencia del Reglamento independiente han sido variados y diferentes dependiendo del sistema jurídico al que iban dirigidos. Sin embargo, existen argumentos comunes que se esgrimen genéricamente.

Las razones comunes que se aducen en favor del establecimiento de un criterio estricto de legalidad y de la negación, por tanto, de una potestad reglamentaria independiente serían los siguientes:

A) En primer lugar, la incompatibilidad existente entre una potestad reglamentaria independiente y el **principio de división de poderes**.

Podemos afirmar ya desde el inicio que es complicado establecer un modelo ideal de división de poderes, tal y como se pone de relieve si se observan los distintos sistemas de gobierno existentes en los diferentes países.

Por lo que hace referencia al sistema español, no podemos afirmar que la Constitución de 1978 establezca un sistema tal de división de poderes en el que el ejecutivo no pueda tener un ámbito propio de funciones no sometidas

a la Ley. No debería ser esa la interpretación que deberíamos dar al artículo 97 de la Constitución.

Tampoco se prevé en ningún precepto constitucional una reserva formal absoluta de Ley, sino que más bien se adopta un concepto material de reserva, encaminada a obligar al legislativo a pronunciarse en primer lugar sobre determinadas materias, por lo que hay que entender que en las materias no reservadas por el texto constitucional a ese pronunciamiento previo del legislador, podrá el ejecutivo, en virtud de la atribución del artículo 97, pronunciarse en aras a efectuar una regulación independiente de la materia de que se trate, siempre que no esté regulada de hecho por una Ley anterior, en cuyo caso se produciría lo que técnicamente se denomina congelación de rango, que no es otra cosa que la aplicación del principio de jerarquía, por el que se dota de prevalencia a la norma legal, sin que pueda el Reglamento más que completar las previsiones contenidas en la norma con rango de Ley.

En nuestra Constitución el poder ejecutivo tiene atribuido un ámbito funcional de competencias propias. No se puede sostener que la Constitución efectúe una distribución de competencias en el que deje sin contenido la actuación material del ejecutivo. No existe, por tanto, base constitucional para afirmar que la distribución de poderes que se contiene en la Constitución suponga que el ejecutivo debe actuar con total sumisión a la Ley.

De lo que se trata, repetimos, no es de afirmar idílicamente, que no caben reglamentos independientes en nuestro sistema, sino de establecer unos controles eficaces y realistas de la actividad materialmente independiente de las leyes que lleva a cabo el poder ejecutivo, controles que puede y debe establecerlos la Ley en primer lugar, pero que pueden ser completados con otras técnicas muy convenientes y eficaces. Si esos controles se aplican eficientemente, no debe haber mayores problemas en reconocer un ámbito propio de actividad independiente a la Administración, dado los intereses que tutela y los objetivos que actualmente cumple, sin que ello ponga en entredicho, bajo ningún concepto, la superioridad y la prevalencia del poder legislativo, que podrá, en cualquier momento, entrar a regular las materias que tenga por conveniente normar. Por eso decimos que lo conveniente es que el Parlamento sea el que establezca siempre los límites al Reglamento.

Pero es que existen ocasiones en las que, por diversos motivos, fundamentalmente los derivados de la urgencia de una cuestión o el tecnicismo de una materia, el Parlamento no puede pronunciarse con igual

grado de certidumbre jurídica como lo puede hacer el ejecutivo y es necesario que se actúe en favor de una regulación de la materia de que se trate. De todos modos, es siempre preferible que el Parlamento se pronuncie y establezca los elementos esenciales de la regulación de una materia, dejando su posterior desarrollo al Reglamento, utilizando para ello la técnica de la remisión normativa y consiguiéndose de esta forma una sujeción de la actividad administrativa a la Ley, que le marca los puntos esenciales de la regulación y un acercamiento entre la teoría conceptual del principio de legalidad y la realidad práctica de la actuación cotidiana de la Administración.

B) La potestad reglamentaria independiente es contraria al **Estado de Derecho**. No puede decirse que este argumento pueda ser empleado para referirse a la situación española, ya que nuestra norma constitucional instaura un Estado de Derecho y reconoce al Gobierno, como cabeza visible y órgano administrativo supremo, la posibilidad de dictar normas incluso sin que la Ley se haya pronunciado con anterioridad sobre una materia. “No se ve por qué razón la idea de Estado de Derecho es incompatible con un poder normativo de la Administración no dependiente de la ley. Si la Constitución así lo configura, no hay ninguna incompatibilidad. La ley sigue manteniendo su primacía.”¹¹⁶

C) El **principio democrático** es otro de los argumentos que se esgrimen para hacer incompatible un poder normativo independiente de la Administración con el principio de legalidad. El principal representante de esta idea es Jesh, quien proyecta su mirada sobre la Ley Fundamental de Bonn para apoyar su reflexión en el silencio que respecto a la reserva de Ley adopta la citada norma.

Tampoco puede aplicarse al caso español este argumento, ya que no se contiene en nuestra norma constitucional ningún precepto similar al artículo 80,1 de la Ley Fundamental de Bonn.

Por contra, el artículo 97 de nuestra norma suprema atribuye al Gobierno, como veíamos con anterioridad, una potestad reglamentaria directa, sin condicionarla en ningún momento a la existencia de un pronunciamiento previo por parte del Parlamento.

¹¹⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op. cit., pág.179.

Debemos hacernos eco de la crítica que Bullinger hace a Jesh en torno a esta cuestión. Dice Bullinger¹¹⁷ que hoy en día “la Administración también está indirectamente legitimada democráticamente” y que, por tanto, lo más que se puede predicar del principio de legalidad es que los actos del Parlamento poseen una superioridad formal sobre los emitidos por la Administración.

Existe, todo lo más, una superioridad de la voluntad parlamentaria por su mayor grado de legitimación democrática.

El Parlamento está obligado a pronunciarse sobre aquellas materias que están protegidas constitucionalmente con una reserva material de Ley y puede, también, pronunciarse voluntariamente sobre todo aquello que crea conveniente e impedir que sobre esas materias, en principio no reservadas a la Ley por la norma constitucional, se puedan dictar reglamentos independientes.

Por tanto, el esquema diseñado por nuestra Constitución “...no impide el ejercicio originario o independiente de la potestad reglamentaria”¹¹⁸ sin que ello sea considerado como contrario al principio democrático. Si bien es cierto que los ámbitos no cubiertos por reservas materiales de Ley son muy escasos y, por tanto, la virtualidad práctica y las posibilidades reales del Reglamento independiente son muy pequeñas.

D) El principio del Estado Social de Derecho. La tesis de la potestad reglamentaria independiente como contraria al Estado Social de Derecho fue desarrollada y defendida por Rupp en Alemania con el objetivo de justificar una reserva absoluta de Ley.

Se basa fundamentalmente este pensamiento en las transformaciones sufridas por los derechos fundamentales y en la idea de libertad. Para él, el ciudadano hoy depende, para ser libre de prestaciones estatales que condicionan su libertad. Por ello, la reserva de Ley debe extenderse y abarcar el ámbito de la Administración prestacional.

Esta idea ha tenido escaso éxito en la propia Alemania. En España es muy difícil que prospere. Aunque es cierto que existen ciertas reservas de Ley en el ámbito prestacional en nuestra Constitución, también lo es que ese es el ámbito donde con mayor facilidad puede moverse la potestad reglamentaria de la Administración debido a las especiales características del mismo.

¹¹⁷ BULLINGER, M.: “Vertrag und Verwaltungsakt”, pág. 94.

¹¹⁸ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op. cit., pág. 182.

Nuestra Constitución no impide que se dicten reglamentos administrativos no subordinados a las leyes en esos ámbitos, porque no todas las actividades de prestación son objeto de una reserva de Ley.

E) La protección jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos.

Se utiliza, a veces, para justificar una reserva absoluta de Ley el argumento de que el Reglamento independiente no está sujeto un control judicial eficaz y que, sin embargo, la reserva absoluta de Ley garantiza la protección jurídica de los ciudadanos.

No podemos sostener esa postura si se analiza el sistema de control de los reglamentos que tenemos en nuestro país.

Recordemos que, como todos sabemos, en España existe la posibilidad de controlar los reglamentos de forma directa y de manera indirecta, tanto en vía contenciosa como en vía constitucional, lo cual supone un efectivo control a posteriori de los mismos por la judicatura y redunda en una protección razonablemente suficiente frente a los posibles abusos que se puedan cometer bien en su elaboración bien en su aplicación. Al menos, por tanto, existe un nivel similar de protección frente a los excesos reglamentarios que frente a los parlamentarios, cuando no mayor, como ha puesto de manifiesto Bullinger.¹¹⁹

Señala el citado autor que existe mayor dificultad para los ciudadanos a la hora de poder reaccionar frente a las leyes que frente a los reglamentos. Esto es así tanto en España como en la mayoría de los países de nuestro entorno, ya que el control de estas se atribuye a órganos jurisdiccionales especiales, siendo la legitimación para poder acudir ante ellos muy restringida, sin que puedan ser juzgadas por los órganos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, los cuales en España, si tienen dudas acerca de la validez de la norma legal en cuestión, únicamente pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Y ello con ciertas limitaciones o condicionantes derivados de la necesaria aplicación para la resolución del asunto de la norma que se sospecha sea inconstitucional, sin que puedan directamente entrar a hacer juicios de valor sobre la norma legal de dudosa constitucionalidad por el sistema de justicia constitucional concentrada que acoge nuestro ordenamiento, lo que podría considerarse como una real y efectiva falta de tutela judicial, sobre todo cuando el Parlamento aprueba, cada vez con mayor frecuencia, normas que más parecen actos

¹¹⁹ BULLINGER, M.: "Vertrag..." op. cit., pág. 217-218.

administrativos por su grado de concreción que normas generales aplicables a una universalidad de sujetos.

F) Otros argumentos generales que se han expresado en torno a la idea de la incompatibilidad de una legalidad estricta con una potestad reglamentaria independiente han sido:

- La idea proveniente de la doctrina italiana y que afirma la exención de control judicial de los reglamentos independientes al no existir una Ley que marque los límites del mismo y con la que pueda ser comparado.

Esta cuestión ya tuvo cumplida respuesta a manos de García de Enterría, primero en su artículo “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.”¹²⁰ Posteriormente, las reflexiones de ese temprano artículo las vemos recogidas en “Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial.”¹²¹ En estos trabajos se manifiesta que todos los reglamentos pueden ser contrastados con los principios generales del Derecho, que deben convertirse así en fieles escuderos y protectores de los ciudadanos y servir de nexo de control de los reglamentos independientes por parte de los tribunales ordinarios de justicia. Nuestro texto constitucional así lo prevé también en el artículo 9,2.

- También se ha utilizado el argumento de que los jueces solamente están sometidos a las leyes en el ejercicio de sus competencias. Es Fois quien defiende esta postura en Italia basándose en una concepción formal del principio de legalidad y en la no atribución originaria de una potestad reglamentaria a favor del Gobierno por parte de la Constitución italiana en el artículo 47.

No es posible importar esta teoría a España, ya que el artículo 97 de nuestra Constitución atribuye de forma originaria la potestad reglamentaria al Gobierno, quien puede ejercitarla incluso directamente cuando el legislador no se haya pronunciado acerca de una materia previamente, con la única limitación del respeto a la materias atribuidas constitucionalmente a la Ley o reguladas de hecho por una norma legal anteriormente.

En cuanto a la afirmación que hace Fois de que los jueces sólo están sometidos al imperio de la Ley y solamente pueden tener en cuenta al Reglamento en la medida en que exista una Ley previa que le habilite, no puede sostenerse tal posición en nuestro marco constitucional, porque el

¹²⁰ Publicado en RAP número 30.

¹²¹ Editorial Tecnos, Madrid 1970 la 1ª edición y 1981 la 2ª edición.

Reglamento es una norma jurídica que vincula al juez en cuanto tal. Y no sólo eso, sino que, como hemos apuntado anteriormente, el ordenamiento jurídico le otorga mayores posibilidades y competencias al juez ordinario a la hora de controlar los reglamentos que las propias normas legales. “El sentido en que siempre se ha entendido la sujeción de los jueces a la Ley es en el de garantizarles una independencia del poder ejecutivo, como el propio Fois considera, lo que no implica que el juez no quede vinculado por el Reglamento. El juez dispone de una plenitud de control sobre el Reglamento que no posee sobre la Ley.”¹²²

5. Conclusiones

1. Podemos afirmar en primer lugar que no es contradictorio el Reglamento independiente con el principio de legalidad en nuestro sistema constitucional. Y ello en base a varios argumentos.

- En primer lugar, porque la comprensión del principio de legalidad ha de hacerse en un sentido amplio tal y como se expresa en el artículo 9,1 de la Constitución; en el sentido de un sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Hoy en día, debemos aceptar sin miramientos ni prejuicios apriorísticos que una parte de la Administración, bien que exigua desde la entrada en vigor de nuestro texto constitucional, no se sujeta a la Ley de una manera previa, tal como demuestra la práctica cotidiana de la misma.
- La concepción que debemos tener hoy acerca de la Administración Pública es una concepción institucional de la misma debido a la autonomía propia que debe conservar en orden a la consecución de los objetivos que tiene encomendados y a la representación que del interés general ostenta. Quedaron atrás los tiempos en que la Administración era un mero instrumento (y se tenía una concepción instrumental de ella) al servicio del poder, fundamentalmente del poder ejecutivo, el cual no ostentaba, ni de lejos, la legitimación democrática que presenta en nuestros días.

2. Con ser cierto lo que acabamos de comentar, también debemos pensar que los ámbitos en los que la actividad de la Administración que no se sujeta a la Ley se han visto notablemente reducidos desde la aprobación de la Constitución, lo que en la práctica normativa se ha traducido en la frecuente aprobación por el legislador de normas con rango de Ley que cubren

¹²² BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op. cit., pág. 186.

ámbitos reservados materialmente a la misma por nuestra Ley de leyes y que venían rigiéndose por normas reglamentarias hasta ahora. Este cambio de tendencia se ve claro en el ámbito sancionador. Por ejemplo, los espectáculos públicos, cuya normativa sancionadora venía recogida en un Reglamento independiente preconstitucional y que ha tenido que ser cubierto por una norma con rango de Ley, aprobada en 1992. Concretamente nos referimos a la polémica Ley 1/1992 de Seguridad Ciudadana, más conocida como Ley Corcuera.

3. Debe seguirse en esa línea de cumplimiento de lo expresado en la Constitución y sujetar la actividad administrativa a la Ley en aquellos terrenos en que la norma constitucional así lo expresa.

4. Es aceptado por la mayoría de los autores que la Constitución española no establece una reserva de Ley total, sino que se concibe la Ley desde un punto de vista material, reservando un número determinado de materias a su regulación. Son pocos los que defienden que la Constitución acoge una concepción formal de la Ley, por lo que si sólo se exige la Ley para regular las materias que señala la Constitución, sobre el resto de los asuntos podrán dictarse reglamentos independientes. Lo que ocurre es que las numerosas reservas materiales previstas en la norma constitucional tienen como consecuencia que los terrenos sobre los que pueden dictarse reglamentos independientes sean residuales y delimitados negativamente por los espacios sobre los que no opera ninguna reserva de Ley.

5. Si el principio de legalidad en su aplicación estricta no nos es lo suficientemente aclaratorio para establecer de una manera clara y definitiva las relaciones que existen en el momento actual en nuestro sistema jurídico entre la Ley y el Reglamento, tendremos que recurrir al principio de juridicidad como forma de explicar mejor la realidad constitucional, porque, en la concepción que De Otto establece, ése principio pone el acento en el respeto al entero ordenamiento jurídico y no sólo a la Ley, situando a ésta como instrumento preferente pero no exclusivo a la hora de regular cualquier materia.

6. Nuestro sistema constitucional no acoge en la forma de regular la materia referente a las relaciones entre la Ley y el Reglamento una solución muy diferente a la que se contiene en otros ordenamientos, en los que las posibilidades prácticas de que existan reglamentos independientes no sometidos a una Ley previa, sin estar definidas ni previstas claramente en la Constitución, se deducen de la práctica normativa llevada a cabo por las diferentes administraciones públicas.

En Italia, las posibilidades de la existencia de reglamentos independientes ha sido una cuestión polémica y muy debatida por la doctrina. La mayor parte de los autores de aquel país no aceptan la existencia del Reglamento independiente en base a la concepción del principio de legalidad que acogen. Sin embargo, en la práctica normativa diaria de aquel sistema, se puede observar la existencia de reglamentos independientes que son promulgados con la aquiescencia del legislador transalpino; quien, incluso, aprobó una Ley en 1988, la Ley 400 de 23 de agosto, donde se prevé expresamente en su artículo 17 la posibilidad que tiene el Presidente de la República, previa deliberación del Consejo de Ministros y oído el parecer del Consejo de Estado, de dictar reglamentos para regular materias en las que no existe regulación por Ley o por acto que tenga fuerza de Ley, siempre que no se trate de materias reservadas a la Ley.

El supuesto francés sea probablemente el más claro de todos. Allí, como sabemos, el Reglamento tiene su propio ámbito de materias reservado y en el cual no puede entrar la Ley, previéndose incluso la posibilidad de que el Gobierno pueda entablar un recurso contra la Asamblea Nacional ante el Consejo Constitucional en el caso de que el legislador invadiese la esfera reservada a la potestad reglamentaria, aunque la evolución posterior del sistema le ha dotado de interpretaciones desviadas de la inicial pretensión del Constituyente de 1958 y que ha llevado a la relativización de la propia existencia del Reglamento autónomo. Lo que es un hecho es que la solución constitucional acogida y querida en 1958 era la de reservar un ámbito propio de materias al Reglamento.

7. Lo que existe en nuestro ordenamiento es una primacía de la Ley derivada de la previsión constitucional del artículo 1,2 en el sentido de otorgar la titularidad del poder político al pueblo y de la opción por un Régimen parlamentario, artículo 1,3, en el que, por tanto, el Parlamento debe ser considerado como el motor de todos los poderes públicos y el depositario más directo de la Soberanía nacional, por lo que las normas que de él emanen tendrán una prioridad sobre las que dicten el resto de las instituciones, lo cual no significa la atribución en exclusiva de la producción jurídica al Parlamento, ni que toda la actividad del resto de los poderes públicos tenga que estar supeditada a la lenta acción del mismo, máxime en una sociedad como la actual en la que el dinamismo de los acontecimientos es la nota característica.

En cualquier caso, el Parlamento, por ese carácter superior al que aludíamos al ser el depositario directo de la Soberanía nacional, es libre de

pronunciarse sobre todo lo que considere oportuno, sin que exista limitación alguna acerca de las materias sobre las que la Ley se puede pronunciar, cosa que no ocurre con el Reglamento, el cual no puede entrar a regular las materias reservadas material o formalmente a la Ley, por lo que la jerarquía entre ambas normas es clara: la Ley, no sólo es preferente, sino superior.

8. Debemos preguntarnos, ¿qué grado mayor de protección ofrece la Ley hoy en día? Ofrece menos. Hay un distanciamiento mayor de los ciudadanos frente al Parlamento. Los representantes del pueblo no tienen tiempo de atender las quejas de los ciudadanos representados y, sin embargo, sí pueden acudir a la Administración para enterarse de los procedimientos que deben entablar en las situaciones concretas que les afecten y de todas las cuestiones referentes a los problemas que les interesen, sin que ni siquiera sea necesario que tengan algún tipo de interés jurídico que esté protegido por el Derecho mediante el reconocimiento de la legitimación para actuar. En definitiva sienten más cerca la Administración que los representantes del pueblo, distantes y tocados de un cierto halo de divinidad.

9. Realmente es la Administración la que aplica las leyes y la que conoce los defectos y lagunas de las mismas. Por tanto, desde el punto de vista de la elaboración, en la que pueden participar con unas posibilidades mucho mayores los ciudadanos, como desde el punto de vista de la aplicación de las normas, el Reglamento es una norma más cercana al ciudadano y que por su grado de flexibilidad puede adaptarse mejor a la evolución de los acontecimientos que la Ley. El problema es acercar efectivamente, con las posibilidades que nuestro ordenamiento nos otorga, el Reglamento a los ciudadanos y conseguir así que se conozcan y que se cumplan. Pero sobre este aspecto concreto volveremos en la tercera parte de nuestro trabajo.

10. Mediante la remisión normativa se puede cumplir muy bien con los postulados dogmáticos de la sujeción de la actividad administrativa a la Ley y el funcionamiento cotidiano de la Administración. Así la Ley regularía los elementos esenciales de la materia, dejando en manos del Reglamento el desarrollo de esas previsiones legales, el cual, en su elaboración, podría dar entrada con una finalidad de reducción de las arbitrariedades y de conocimiento de la norma, a la participación ciudadana.

LOS PUNTOS DE LLEGADA DE LOS MODELOS DE DERECHO COMPARADO QUE MÁS INFLUYEN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN ESTA MATERIA

1. Introducción

Vimos en la primera parte de nuestro trabajo cuáles eran los orígenes y la evolución histórica posterior de la regulación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en Francia y Alemania, que son países con modelos diferentes entre si pero que influyen en aspectos notables en la historia constitucional española en lo que se refiere a la relación de la distribución de poder entre el legislativo y el ejecutivo. Es por esa razón por la que debe dárseles un tratamiento prioritario. Porque es necesario conocer de dónde provienen las fuentes de inspiración de nuestro sistema.

Si esa influencia fue notable en el pasado, no es descabellado pensar que en el momento de la aprobación de la Constitución de 1978 se echase un vistazo a los países de nuestro entorno con el objetivo de encontrar en ellos soluciones más o menos válidas y, por tanto, importables en nuestro país. Y, en efecto, así fue.

Muchas de las previsiones y afirmaciones que se contienen en nuestra Constitución actualmente vigente están inspiradas en lo que otros textos constitucionales habían acogido con anterioridad. Y de nuevo, como es intrínseco a nuestra propia Historia en general y a la historia jurídica en particular, son países como Francia o Alemania los que influyen más decisivamente en nuestras reflexiones internas, sobre todo en lo concerniente a la regulación de la capacidad normativa que se le ha de reconocer a nuestro Gobierno y a la articulación de las relaciones entre éste y el Parlamento.

Lo que acabamos de afirmar es perfectamente contrastable por la mera observación de los debates parlamentarios que se siguieron en nuestras Cámaras acerca de la regulación en la Constitución de la potestad reglamentaria del Gobierno. Podemos ver en ellos como una parte de nuestros representantes intentó consagrar en España lo que ya la Constitución de la V República había impuesto en Francia en 1958: la reserva a Reglamento.

Finalmente esta propuesta no pasó al texto definitivo, a pesar de los esfuerzos de aquellos que, nostálgicos por la desaparición de un régimen donde el poder ejecutivo prevalecía claramente sobre el legislativo,

intentaron que se mantuviese ese predominio gubernamental en el nuevo sistema de fuentes que nuestra Constitución estaba a punto de aprobar.

Ante la evidencia de estos acontecimientos, creemos necesario, incluso obligado, hacer una mínima mención a la forma en que están reguladas las relaciones entre la Ley y el Reglamento en estos dos países sobre los que tanto volvemos la vista en los momentos importantes de nuestra Historia.

Apunta A. Garrorena Morales¹²³ que “...asistimos hoy a un espectacular cruce de doble signo que, sin duda, no puede dejar de llamar la atención: la Constitución francesa de la V República...representa en nuestros días el punto más atrevido a que ha conseguido llegar esa concepción genuinamente germánica de la ley, al tiempo que la Constitución alemana de Bonn...aparece como la expresión más neta de esa sumisión total a la ley y al Derecho que...comenzaran un día a definir los jacobinos franceses.”

Como podemos deducir de las palabras del citado autor, la evolución de los dos sistemas que hemos analizado en la primera parte de nuestro trabajo ha sido no sólo extraordinaria sino también contradictoria, argumento adicional por el que se hace necesario observar el punto actual del citado proceso.

2. Las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Ley Fundamental de Bonn

La gestación de la opción que adopta la Ley Fundamental de Bonn en torno a la regulación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento hay que buscarla en los profundos cambios que se operan en Alemania con el advenimiento de la República de Weimar tras la derrota germana en la primera guerra mundial.

Con esta norma constitucional se instaura en Alemania una forma de gobierno parlamentaria, por lo que, en principio, la función esencial que hasta entonces había cumplido la reserva de Ley durante la época de la Monarquía constitucional de establecer la división de competencias entre el ejecutivo y el legislativo estaba llamada a dejar de ser eficaz, puesto que, bajo Weimar, el Parlamento tiene capacidad para intervenir en todo tipo de materias.

En este sentido, Baño León pone de relieve como “...la reserva de ley como reserva al Parlamento de ámbitos excluidos del derecho originario del poder

¹²³GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 32.

ejecutivo carece de sentido en una Constitución, en la que, de un lado, la ley puede intervenir en cualquier tipo de materias y, de otro, el poder ejecutivo necesita de la confianza de la Cámara.”¹²⁴

Sin embargo, a pesar de lo indicado, la doctrina de la reserva de Ley continuará en plena vigencia, aunque con un profundo cambio de contenido y funciones. Ahora el motor de la figura lo representa la protección de los derechos y libertades públicas que han ido surgiendo y consolidándose en los diferentes países a lo largo del siglo XIX.

Igualmente, empiezan a surgir preocupaciones en la doctrina alemana acerca de los límites que deben imponerse en la delegación del legislativo en el ejecutivo, lo que unido al factor anteriormente apuntado va haciendo que vaya configurándose cada vez con mayor fuerza el pensamiento de la limitación de las potestades del ejecutivo, llegando incluso a plantear abiertamente la idea de imponer limitaciones concretas al legislador a la hora de efectuar delegaciones en favor del ejecutivo, intentando, por parte de la doctrina germana, encontrar “perchas” en la Constitución de Weimar para conseguir de un modo efectivo esas limitaciones.

No obstante, en la práctica, como sabemos, se produjeron numerosos abusos que culminaron con la Ley de plenos poderes de Hitler por la que el poder ejecutivo podía dictar normas con valor de Ley sin limitación alguna, con las nefastas consecuencias posteriores que todos conocemos.

Ese es el caldo de cultivo inmediatamente anterior a la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn.

Expresa Baño León¹²⁵ que “...en pocas instituciones como en la de la autorización del poder legislativo a la Administración para dictar reglamentos jurídicos se aprecia mejor la huella de la experiencia histórica alemana.”

Efectivamente, la Ley Fundamental de Bonn no puede ocultar en su seno los acontecimientos históricos vividos por el pueblo alemán. En lo que a nosotros afecta, debemos decir que la Ley Fundamental modifica drásticamente la tradición alemana de relaciones entre Ley y norma reglamentaria, pues sólo reconoce aquel poder reglamentario que derive del mandato del legislador.

¹²⁴ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op, cit, página 49.

¹²⁵ *Ibidem*...., página 50.

La supremacía formal y material de la Ley es casi absoluta y sólo se permiten algunas licencias reglamentarias en ámbitos internos, puramente organizativos, de la Administración.

Es decir lo que durante el siglo XIX se conocía en aquel país como reglamentos administrativos internos, frente a los jurídicos que sí tenían efectos extra muros del propio Estado y que tras la aprobación de la Ley Fundamental sólo pueden ser dictados si hay una habilitación específica del legislador.

Está claro que la rotundidad del artículo 80,1 de la Grundgesetz trae como causa los excesos cometidos por los distintos ejecutivos durante el período de la República de Weimar y durante la etapa del III Reich. Recordemos que la Ley Fundamental se promulga en tiempos complicados para Alemania, que se ve forzada a aceptar todas las condiciones que le imponen los aliados, vencedores de la segunda Gran Guerra.

Los aliados vigilan estrechamente el proceso de incorporación de esta Norma Fundamental al ordenamiento alemán, temerosos de que se pudieran repetir sucesos como el que dio la posibilidad de acceder a Hitler de manera absolutamente legal y democrática al poder sin tener ni siquiera que derogar una sola norma jurídica.

No es de extrañar, por tanto, que la Ley Fundamental rompa con algunas de las tradiciones más genuinamente alemanas y que, en este sentido, podamos incluso afirmar que con la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn se consagra la pérdida *sine die* de cuotas de Soberanía por parte de los propios poderes públicos alemanes. Esto es especialmente visible en todo lo referente al ejército y a la política alemana de defensa, en la que, todavía hoy, necesita numerosas autorizaciones a la hora de tomar decisiones importantes.

Pero volvamos al importante artículo 80,1 de la Ley Fundamental que es el que contiene en su seno la clave acerca de la potestad reglamentaria de que está investido el poder ejecutivo en Alemania. La dicción literal del precepto es la siguiente:

“Mediante ley pueden ser autorizados a dictar reglamentos jurídicos el Gobierno federal, un ministro federal o los Gobiernos de los Länder. Además en las leyes tienen que ser determinados el contenido, la finalidad y la extensión de los reglamentos ordenados.”

Parece obvio que el mandato constitucional se dirige a evitar habilitaciones genéricas. Sin embargo, a pesar de que esta nueva regulación acaba con los problemas de las amplias delegaciones que el Parlamento efectuaba en favor del ejecutivo antes de la Ley Fundamental, trae nuevos problemas y polémicas entre los que podemos citar como principal el de interpretar cuándo una Ley no cumple con los requisitos del artículo 80.

Parece claro que la dicción literal del precepto desecha toda posibilidad de normas en blanco. Se exige en todo caso un contenido mínimo a la Ley de habilitación, que debe expresar siempre el contenido, la finalidad y la extensión que deberán tener los reglamentos que se dicten en desarrollo de las citadas leyes de habilitación. Esa es, además, la interpretación que ha sostenido el Tribunal Constitucional alemán, para quien, sin sujetarse a criterios absolutamente rígidos, la norma tiene que tener cierto grado de certidumbre que haga a los ciudadanos prever con la lectura de la Ley los aspectos que el Reglamento debe desarrollar. De todos modos, las exigencias en este aspecto del Tribunal Constitucional alemán dependen en gran medida de la importancia de la materia de que se trate y de en qué medida estén afectados los derechos fundamentales.

Señala Baño León¹²⁶ que “para entender el significado real de esta limitación del poder reglamentario la información que proporciona el artículo 80 de la Grundgesetz es valiosa, pero no completa”. Para él, “hay que atender a tres círculos de problemas que nos dan cabal cuenta de la función de este precepto y explican la evolución posterior de la jurisprudencia”.¹²⁷ Estos tres círculos serían para el citado autor: el alcance de la reserva de Ley en la Ley Fundamental de Bonn, la delimitación del campo interno administrativo y la función que ejerce la reserva de Ley en una Constitución basada en el principio democrático, donde todos los poderes proceden del pueblo y es ahí donde encuentran su legitimación.

En cuanto al primer problema, está claro que la doctrina de la reserva de Ley tiene actualmente una función y un alcance distinto al que ha sido el suyo tradicional. No sólo la aplicación de la misma a las relaciones de supremacía especial sino que también existen otros factores que inciden en la mutación funcional de esta figura jurídica. El aumento de las funciones que realiza el Estado moderno, que inciden notablemente sobre la proyección de la figura de la reserva sobre la actividad prestacional, y el cambio producido con el paso de una Dictadura-Imperio-Monarquía a una República que sustituye el principio histórico monárquico de legitimidad

¹²⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 52.

¹²⁷ *Ibidem*...

dual por el principio democrático con la consecuencia de la sujeción de la actividad administrativa a una Ley previa por la legitimidad directa que tiene el Parlamento, suponen unos cambios con la suficiente entidad como para afirmar que la reserva de Ley actual es bastante diferente a la del siglo pasado. De esta manera, existe discrepancia entre la doctrina alemana acerca del alcance de la reserva de Ley en la Ley Fundamental de Bonn, ya que unos autores opinan que dicha institución está referida a la protección de los derechos fundamentales, que seguirían así conformando el ámbito material tradicional de la reserva de Ley. Esta argumentación está apoyada en el artículo 19,1 de la Ley Fundamental.

Para otros autores, sin embargo, lo que hace la Ley Fundamental es consagrar una reserva total y absoluta de Ley. Esta interpretación, distinta de la anterior, se basa en el artículo 20,2, que somete a la Administración a la Ley previa para poder intervenir en cualquier ámbito.

En cualquier caso, lo que a nosotros nos interesa resaltar en este trabajo es la imposibilidad material de la existencia de reglamentos independientes en la Alemania actual a la vista de la regulación que la Ley Fundamental de Bonn acoge, aun cuando si se admite la primera postura apuntada, la de que la reserva de Ley sólo está referida a unas cuantas materias concretas, se podría sostener la posibilidad de la existencia de reglamentos administrativos, de organización interna de la Administración, en todas aquellas otras materias no reservadas a la Ley.

La delimitación del campo al que se extiende el ámbito interno administrativo, referido antaño a las relaciones especiales de sujeción, es señalado por Baño como otra de las cuestiones que no queda clara en la Ley Fundamental. Apunta además el citado autor que esa indefinición del espectro administrativo interno es el punto de arranque de la doctrina de la esencialidad, consistente en la reconducción que hace el Tribunal Constitucional alemán de la reserva de Ley en reserva al Parlamento mediante la exigencia de que el Parlamento promulgue normas no sólo en aquellas materias reservadas a la ley, sino en todas aquellas otras que sean esenciales, importantes.

La doctrina de la esencialidad formulada por el Tribunal Constitucional alemán tiene unas consecuencias importantes en distintos órdenes.

En primer lugar, supone admitir que no existe una reserva de Ley absoluta en la Ley Fundamental, puesto que no todas las materias requieren una Ley previa. Sin embargo, a la vez extiende el ámbito material de la reserva a

todo aquello que se considera esencial, por lo que existirán materias, en principio no reservadas a la Ley que, de facto, deberán ser reguladas por una Ley, al ser materias consideradas como esenciales. Esta ampliación de la reserva de Ley ha llevado a la doctrina a cambiar el término reserva de Ley por el más descriptivo hoy de reserva de Parlamento, ya que la reserva tal y como se recoge en la Ley Fundamental tiene la justificación y la función propia de una democracia parlamentaria, donde el Parlamento no es que tenga una primacía democrática pero sí que tiene "...una legitimación democrática personal y directa (artículos 20,2 y 38 L. F.) de la que no gozan la Administración y la Judicatura."¹²⁸

En segundo lugar, la doctrina de la esencialidad supone una enorme transformación de la función tradicional de la reserva, que pasa de ser una garantía del ciudadano y del Parlamento frente al poder ejecutivo a constituirse en una limitación al legislador, al que le impone una actuación positiva en determinados ámbitos de materias. Expresa Baño León¹²⁹ que "lo que se persigue es asegurar la función del Parlamento, aunque sea a costa de la propia voluntad parlamentaria. Ese cambio de función es consecuencia de una visión realista de la división de poderes entre ejecutivo y legislativo en un régimen parlamentario. Como el Gobierno procede necesariamente de una mayoría parlamentaria, no existe por lo común tensión entre las decisiones del Parlamento y el Gobierno." De esta forma, "...el que determinadas materias tengan que ser reguladas por Ley o bien en base a una autorización legislativa asegura que las cuestiones políticas conflictivas tengan que ser discutidas públicamente antes de tomarse cualquier decisión sobre ellas, y que la oposición pueda movilizar a la opinión pública y con ello a los electores. Con ello, se evita que Gobierno y partido mayoritario impongan su voluntad sin discutir suficientemente los pros y los contras de la medida."¹³⁰ Esta nueva situación tiene como realidad de fondo el que en la actualidad el conflicto socio-político no se produce entre las Asambleas representativas de los ciudadanos y el Monarca, sino que ahora se plantea entre, por un lado, el Gobierno y la mayoría parlamentaria que le sostiene y, por otro, la minoría del Parlamento con todos los partidos de la oposición.

Asimismo, la doctrina de la esencialidad supone un cambio de actitud frente a las denominadas relaciones especiales de sujeción, ya que se cae en la cuenta de que en las mismas también entran en juego los derechos fundamentales. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional alemán

¹²⁸ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op., cit., página 81.

¹²⁹ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los Límites..." op., cit., página 57.

¹³⁰ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op., cit., página 81.

reconoce, en sentencia de 14 de marzo de 1972, que la inoperancia de la figura de la reserva de Ley sobre las relaciones de supremacía especial debe considerarse superada, ya que el artículo 1,3 de la Ley Fundamental establece la vinculación de los tres poderes, por tanto también el ejecutivo, a los derechos fundamentales. Expresa R. García Macho al respecto que "...queda fuera de toda discusión la aplicación de la reserva de ley a las relaciones de supremacía especial, desplazándose la discusión a la delimitación de la normativa concreta que corresponde regular a la ley y cuál (normativa) puede ser traspasada por medio de delegación al ejecutivo."¹³¹

La principal crítica que ha recibido la doctrina de la esencialidad es que convierte la decisión de lo que sea verdaderamente esencial en una cuestión meramente política. Consecuentemente, se convierte al Tribunal Constitucional en un órgano muy politizado que puede llegar a realizar juicios de oportunidad y cumplir funciones materiales de legislador. No obstante, también deben ser subrayados las virtudes que tiene la doctrina de la esencialidad. La citada doctrina refuerza la supremacía de la Constitución frente al legislador, si bien es cierto que se pone de manifiesto mediante la misma la dificultad de armonizar esa primacía de la Constitución con la decisión política del legislador.¹³²

En definitiva, y esta otra de las críticas que se ha formulado contra la citada doctrina, se confunde, mejor dicho, se define lo esencial por relación a lo que se considera políticamente importante. La consecuencia es que se proyecta la reserva de Ley sobre un número mayor de materias que las inicialmente previstas, afectando de esta manera a casi todos los terrenos de la vida jurídica y social.

Últimamente, el Tribunal Constitucional alemán ha tomado en cuenta las críticas que se le han hecho a la doctrina de la esencialidad y en algunas de sus sentencias¹³³ ha rechazado que todas las decisiones políticas importantes tengan que corresponder al Parlamento. Esta matización in minus del Tribunal Constitucional alemán trae causa de las fuertes presiones que en Alemania ha soportado la citada institución por la peligrosidad que tiene el hecho de que el Tribunal pudiera convertirse en un legislador sin legitimación y por la enorme dificultad, ante el silencio constitucional, de establecer cuáles son las materias sobre las que debe pronunciarse previamente el Parlamento.

¹³¹ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op. cit., página 73.

¹³² En este mismo sentido, J. M. BAÑO LEÓN: "Los límites..." op. cit., página 58.

¹³³ Por ejemplo, la de 8 de agosto de 1978, caso Kallar Beschluss y la de 18 de diciembre de 1984 sobre el establecimiento de misiles norteamericanos en Alemania.

Lo que está detrás de toda esta polémica no es una cuestión baladí, sino de primer orden en el sentido de que lo que está en juego es ni más ni menos que el reparto de poderes desde el punto de vista político y las relaciones entre las distintas fuentes del Derecho desde el punto de vista estrictamente jurídico. Por lo tanto, la diferente concepción y función de la institución de la reserva de Ley en Alemania por mor de los graves acontecimientos sociales que en aquel país han tenido lugar en los últimos años que dan lugar al nacimiento de una República tienen una trascendencia práctica importante que, a los efectos que a nosotros nos interesa aquí, se pueden resumir en la siguiente aseveración: en la Alemania actual no tiene cabida de ninguna manera la figura de los reglamentos independientes.

Entonces, si esto es así, cabe preguntarse cuál es el ámbito de actuación que le queda al poder ejecutivo. En la Alemania actual regida por la Ley Fundamental, aparte de existir una reserva de Ley, también nos encontramos con un deber de intervención del Parlamento. Por este motivo, la esfera de actuación del poder ejecutivo viene determinada por "...aquel círculo de tareas a la que no alcanza el derecho de intervención del legislador."¹³⁴

De todos modos, es posible que en el cuadro de relaciones entre poder ejecutivo y poder legislativo descrito, el legislador, pueda autorizar al poder ejecutivo para que proceda a efectuar un desarrollo normativo de aquellas materias que caen dentro de la esfera atribuida al poder legislativo. "Esta autorización evita la degradación del ejecutivo...a un mero ejecutor de leyes" y "...se aprovechan mejor las posibilidades que ofrece el ejecutivo debido a su mayor proximidad a los hechos y a su flexibilidad para tomar decisiones."¹³⁵ También se consigue con estas autorizaciones una descarga evidente de las funciones del Parlamento en un sistema en el que las competencias de dicho órgano son muy numerosas.

El problema que plantean este tipo de autorizaciones-delegaciones es el de siempre: los límites que deben establecerse a las mismas. En ese sentido, en Alemania existe en cada reserva del Parlamento un núcleo esencial de competencias que no son traspasables. La delegación en favor del ejecutivo "...tiene que hacerse con precauciones, de forma que la delegación sea eventual, por motivos técnicos y con restricción de la capacidad de decisión."¹³⁶

¹³⁴ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op., cit., página 82.

¹³⁵ *Ibidem*, página 83.

¹³⁶ *Ibidem*...

El artículo 80 de la Ley Fundamental no resuelve definitivamente el problema. Indica los límites pero no dice nada acerca de las decisiones que deban ser tomadas por el legislador. Es en esta laguna normativa donde surge la teoría de la esencialidad.

Algunos sectores doctrinales, ante esta insuficiencia para determinar en qué materias debe pronunciarse inicialmente el legislador, prefieren determinar de una manera negativa la reserva al Parlamento para poder ver cuándo esta no es aplicable y, por tanto, puede operar un desarrollo reglamentario.



Por otro lado, el poder ejecutivo goza de un determinado ámbito de competencias para operar de manera no subordinada a los pronunciamientos del poder legislativo. Este sería el campo natural de los reglamentos administrativos, autorizados única y exclusivamente por la Ley Fundamental en el ámbito organizativo interno de la propia Administración. Hay autores alemanes que han intentado conceptualizar esta esfera de actuación administrativa como una auténtica “reserva de la Administración”. Después de parecer desechada esa idea de la reserva de la Administración, el tema se ha vuelto a suscitar en la actualidad, intentando establecer un paralelismo entre reserva de Ley y reserva de la Administración.

Ni de las previsiones normativas que se contienen en la Ley Fundamental de Bonn ni de la práctica normativa habitual se puede extraer la consecuencia de que exista una reserva en favor de la Administración. A pesar de la división existente en la doctrina alemana en torno a esta cuestión, creemos que no se puede hablar de reserva sino de competencias en favor de la Administración, las cuales vienen referidas, por un lado, a la ejecución de las leyes en todos los ámbitos reservados a este tipo de normas o necesitados de la intervención del legislador por constituir cuestiones esenciales para los ciudadanos y, por otro, a la posibilidad de promulgar reglamentos administrativos de carácter meramente organizativo que, estos sí, no tienen porque estar claramente subordinados a las leyes, pero que tampoco pueden contravenir los principios generales en materia organizativa establecidos por Ley.

3. Las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Constitución francesa de la V República

La regulación que de esta materia efectúa la Constitución de la V República supone una alteración total y absoluta de las concepciones tradicionales que

sobre las relaciones entre las dos normas más importantes de producción jurídica se tenían hasta la promulgación de dicha norma constitucional.

Es evidente que la Constitución francesa de 1958 y su novedosa regulación viene influenciada, como sucede en el caso alemán, por las desastrosas experiencias de las anteriores constituciones francesas.

Las novedades fundamentales que introduce la Constitución de la V República en Francia son dos: la creación del Consejo Constitucional como órgano encargado de interpretar e, incluso, controlar preventivamente las leyes y el establecimiento de una serie de materias como reservadas al Reglamento. Es la segunda de esas cuestiones la que más nos interesa a nosotros ahora, sin dejar de reconocer la importancia que tiene el hecho de que se cree el Consejo Constitucional como órgano encargado de interpretar y hacer cumplir la Constitución, lo que supone el reconocimiento, en línea con lo defendido por Kelsen, de la consideración de la Constitución como norma jurídica superior a la que deben respetar y subordinarse el resto de normas.

Expresa Baño León tempranamente en el Capítulo correspondiente del trabajo que dedica a la potestad reglamentaria una idea que me parece interesante poner de manifiesto. Dice el autor aludido que “pese a que aparentemente la institucionalización de un poder reglamentario autónomo fuera la novedad más resaltada entre los juristas franceses, la evolución posterior ha relativizado esa revolución.”¹³⁷

3.1. Los antecedentes más próximos

La regulación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento que acoge la Constitución de la V República es el resultado de un lento pero continuado proceso histórico de cambio del concepto de Ley en el país vecino.

A finales del siglo XIX parte de la doctrina francesa, representada por la escuela de Burdeos con Duguit a la cabeza, comienza a importar categorías alemanas tales como la distinción entre Ley formal y Ley material, algo que se alejaba bastante de lo que había sido la concepción tradicional de la Ley en la historia constitucional francesa. A esta escuela se opone Carré de Malberg, quien sigue sosteniendo el concepto roussoniano unitario de Ley, rechazando la naturaleza material de la norma legal, ya que esta puede regular cualquier materia sin limitaciones al provenir del Parlamento, que es

¹³⁷ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 69.

el único órgano constitucional directamente legitimado democráticamente. Para Carré la diferenciación entre Ley y Reglamento no depende solamente del rango, sino que se encuentra en la sustancia de dos instituciones.

Ambas normas pueden actuar sobre las mismas materias, pero mientras la Ley es un acto originario, el Reglamento tiene un carácter derivado. De esta diferenciación se sigue la consecuencia de que la Ley habilita a la Administración, lo cual implica que ésta sólo puede actuar en base a una autorización en forma de Ley.

La teoría de Carré encajaba perfectamente con la tradición francesa y fue la triunfante en el momento de la aprobación de la III y la IV República. Sin embargo, la utilización práctica que se hizo de la misma no fue demasiado afortunada, sufriendo "...un proceso de deterioro en la práctica que convirtió en papel mojado todo el planteamiento teórico-constitucional."¹³⁸

3.2. La Constitución de la III República

Durante la III República comenzaron a ser cada vez mayores los ámbitos que regulaba el poder ejecutivo. A ello contribuía el hecho de que la situación económica era francamente mala tras la salida de la primera Gran Guerra, por lo que los reglamentos no sujetos a Ley alguna se multiplicaron desde el punto de vista de su promulgación.

Para intentar resolver este problema, el Parlamento transfiere al ejecutivo un apoderamiento general a través de leyes de plenos poderes para que regulase mediante reglamentos, llamados decretos-leyes, ámbitos que en principio corresponderían a la Ley.

3.3. La Constitución de la IV República

La Constitución de la IV República quiso acabar con la utilización de los decretos-leyes, volviendo a instaurar las tradicionales relaciones entre la Ley y el Reglamento introduciendo de nuevo el concepto de Ley formal en el artículo 13.

No obstante, al igual que sucedía en la III República, se transfieren potestades normativas del legislativo al ejecutivo. En este sentido se prevén dos herramientas que sirvan a ese propósito. La primera es la limitación de las materias que pueden ser reguladas mediante Decreto-ley. La segunda es

¹³⁸ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op., cit., página 89.

la utilización como medio de delegación de competencias de las leyes-marco, por las que el Parlamento establece los principios básicos y el ejecutivo efectúa el desarrollo correspondiente de los mismos.

3.4. La Ley de 17 de agosto de 1948

La Ley de 17 de agosto de 1948 va a ser el primer paso hacia la relativa ruptura de la tradición francesa en la regulación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento. En virtud de esta norma se considera que existen determinadas materias que tienen una naturaleza eminentemente reglamentaria, por lo que en el futuro deberán ser reguladas por el poder ejecutivo. De esta forma, al proceder a la deslegalización de estas materias, se establece sobre las mismas una auténtica reserva a Reglamento. Esta Ley supone el antecedente inmediato en cuanto a la operación de atribución diferenciada de materias entre la Ley y el Reglamento.

3.5. La regulación específica de la materia contenida en la Constitución de la V República

Como señalábamos al inicio de este apartado al hacernos eco de la reflexión que recoge Baño en su obra, la ruptura que se produce en cuanto a la tradicional forma de concebir las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Constitución de la V República es bastante relativa.¹³⁹ La tradicional concepción jacobina de la Ley y, fundamentalmente, la imposibilidad práctica, ya apuntada por Carré de Malberg, de distinguir materialmente la Ley del Reglamento han contribuido a que empañar esa revolución que se había anunciado.

A las afirmaciones anteriores debemos añadir el hecho de que el Consejo Constitucional ha defendido la posibilidad de que la Ley puede abarcar ámbitos reservados constitucionalmente al Reglamento, sin que por ello pudieran adolecer de inconstitucionalidad. De esta jurisprudencia del Consejo Constitucional se deriva la consecuencia de que también los reglamentos autónomos pueden quedar sometidos a la Ley.

Por otra parte, podemos agregar un segundo hecho en el sentido de que a través del control de los reglamentos por los principios generales del Derecho extraídos del preámbulo de la Constitución como está aceptado en Francia que pueden controlarse, según se desprende tanto de la jurisprudencia del Consejo Constitucional como de la del Consejo de Estado

¹³⁹ Véase L. FAVOREU: "Le domaine de la loi et du règlement". Editorial Economica. 2ª Edición. París 1981.

francés, el sometimiento de los reglamentos autónomos al principio de legalidad es total e idéntico al tipo de control que recae sobre el resto de los reglamentos.

En base a todo ello, podemos aseverar que la relación entre Ley y Reglamento en la Constitución de la V República no dista tanto de la existente en Constituciones francesas anteriores.

Si lo que acabamos de expresar es cierto desde el punto de vista de la evolución histórica posterior a la aprobación de la Constitución de la quinta República y después de examinar la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado francés, proclive a matizar la rotundidad con la que quedaron constitucionalizados los artículos 34 y 37 de la Constitución de la V República, también debemos decir que las intenciones iniciales no eran las que posteriormente, con el paso de los años, se ha interpretado que eran, puesto que lo que la Constitución de la V República lo que pretende es consagrar, plasmar en papel constitucional, lo que venía siendo una práctica común y habitual durante las Constituciones de la III y la IV República. Además hay que recordar, como lo hace García Macho,¹⁴⁰ la personalidad política de De Gaulle, que indudablemente favorece ese tipo de regulación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento que fortalece la posición constitucional del poder ejecutivo. En ese sentido, es preciso ser justos y afirmar que inicialmente, repito, el concepto de Ley se ve notablemente modificado. Es más, se quiere ver modificado. Se abandona el concepto formal de Ley proveniente de Rousseau y defendido posteriormente por Carré de Malberg y se toma el concepto material germánico de Ley, porque la Ley sólo puede regular determinado tipo de materias; ya no tiene una superioridad formal sobre todo el ordenamiento jurídico sino que se constriñe a la regulación de las materias enumeradas en el artículo 34 de la Constitución de la V República. Sin embargo, debemos apuntar que la función que cumple aquí la reserva de Ley es diferente a la que cumplía en las monarquías alemanas. Es cierto que los resultados prácticos son idénticos, es decir, la distribución de competencias entre el poder ejecutivo y el poder legislativo.

No obstante, las causas que motivan la adopción de la figura en uno y otro sistema son totalmente distintas. En la monarquía alemana, la reserva de Ley tiene la finalidad de garantizar la libertad y la propiedad de los ciudadanos. En la Constitución de 1958 se adopta la fórmula de la reserva

¹⁴⁰ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op. cit., página 91.

de Ley como manera de fraccionar el poder y de racionalizar su funcionamiento. Además, existe una diferencia adicional fundamental entre ambos modelos. En la monarquía alemana, la soberanía no la ostenta solamente el pueblo, sino que la comparte con la de los príncipes.

En la Francia de la V República existe una única soberanía, la del pueblo.

Correlativamente a esa pérdida de peso específico por parte de la Ley, se produce un aumento del protagonismo de la norma reglamentaria. Coexisten dos tipos de reglamentos, los de siempre, es decir, aquellos que se promulgan sobre la base de una Ley previa y, junto a ellos, se constitucionaliza un nuevo tipo de Reglamento en el artículo 37 que se denomina Reglamento autónomo, por ser precisamente su característica esencial la de regular de una manera independiente las materias que se le reservan en el texto constitucional, que son todas aquellas que no quedan específicamente otorgadas al poder legislativo por el artículo 34.

Por tanto, son los artículos 34 y 37 de la Constitución de la V República los que efectúan el reparto competencial entre el poder ejecutivo y el poder legislativo.

En un principio, a simple vista, parecería lógico pensar que en virtud del deslindamiento de materias que realizan los artículos 34 y 37 los problemas que pudieran existir a la hora de determinar quién es competente para regular una materia se acaban, puesto que el reparto de las mismas queda hecho en esos preceptos aludidos. Sin embargo, la poca precisión con que, finalmente, tras un continuo proceso de modificaciones, fue llevado al texto definitivo el artículo 34 hace que sea necesaria la interpretación del mismo a la hora de fijar cierta especie de fronteras entre las competencias de ambos poderes, legislativo y ejecutivo. Esa labor interpretativa corresponde en Francia al Consejo Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y al Consejo de Estado como el más alto órgano de la *jurisdicción contencioso-administrativa*.

En los primeros tiempos, ambos órganos efectuaron una interpretación restrictiva del artículo 34, lo que suponía ampliar la esfera del artículo 37. Ello llevó a que se produjese un cierto desequilibrio inicial en favor del poder ejecutivo en detrimento del poder legislativo. Se dice por los expertos en la interpretación de la jurisprudencia del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado que esa línea doctrinal de ambas instituciones se prolongó hasta 1965. Sin embargo, a partir de esa fecha se produce un cambio de criterios en la interpretación de los artículos 34 y 37 que se

traduce en un aumento de las competencias reconocidas en favor del poder legislativo.

De esta manera, el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado han invertido su línea jurisprudencial inicial y han procedido a efectuar una interpretación coincidente en cuanto a los criterios que el artículo 34 establece y que se sintetizan en dos: primero, que la Ley tiene que fijar las reglas de una materia y, segundo, que la Ley también debe establecer los principios generales de la misma en todos aquellos ámbitos reservados por el artículo 34 como pertenecientes a la norma legal. Así, "...todos los aspectos importantes de una materia tienen que ser regulados por Ley, mientras que los elementos secundarios, especialmente la aplicación o ejecución de la norma, deben ser regulados reglamentariamente."¹⁴¹

Esta interpretación de los "consejos" extiende notablemente el ámbito de actuación de la Ley verticalmente, porque el poder legislativo no se limita a regular sólo los principios generales sino todo lo que se considera importante en la materia, lo cual implica una regulación detallada por parte de la Ley.

Pero la ampliación de la actuación del legislador por la interpretación de los preceptos constitucionales que efectúan los "consejos" no sólo es vertical sino que también horizontalmente se procede a ampliar la esfera de competencias del órgano parlamentario por la vía de utilizar determinados principios que sólo por Ley pueden ser regulados, como por ejemplo los principios generales del Derecho, que sólo pueden ser modificados o transformados si así lo prevé una Ley. "Incluso el Parlamento puede promulgar leyes dentro del ámbito de actuación de los reglamentos autónomos, si se afecta a un principio general del Derecho."¹⁴²

3.6. El problema de la existencia o no de una reserva a Reglamento en la Constitución de la V República.

Debemos preguntarnos ahora si existe o no una auténtica reserva a Reglamento en la Constitución francesa de 1958, una vez que hemos visto como se ha producido una gran expansión de la capacidad de actuación del poder legislativo tanto vertical como horizontalmente por obra de la interpretación jurisprudencial de los preceptos constitucionales.

¹⁴¹ GARCÍA MACHO, R.: "Reserva de ley..." op., cit., página 94.

¹⁴² *Ibidem*...

En este aspecto, la doctrina está claramente dividida. Existen autores que opinan que la tendencia actual de la jurisprudencia del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado francés se centra en relativizar los efectos de la regulación constitucional de distribución paralela de competencias en los artículos 34 y 37 y que en ese sentido va la exigencia de controlar de una manera más férrea las delegaciones legislativas abiertas en favor de las normas reglamentarias, aproximándose en ese aspecto la jurisprudencia francesa a la alemana, lo que supone reconocer que los términos en que en Francia la Ley puede delegar en el Reglamento no son muy diferentes a lo que sucede en Alemania.¹⁴³

En la propia Francia se cuestiona la existencia de reglamentos autónomos, puesto que, en cierta medida, siempre existe un banderín de enganche en los preceptos constitucionales para vincular de alguna u otra manera este tipo de normas jurídicas a los mandatos de una norma con rango de Ley formal.¹⁴⁴

Hay otros autores, sin embargo, que opinan que la intención del constituyente de 1958 era clara en el sentido de su voluntad de acabar con una situación de discrepancia total entre lo establecido en las Constituciones de la III y la IV República y la realidad normativa de la época y que por eso el Título V de la Constitución francesa de 1958 establece nítidamente una separación de materias y una distribución clara de competencias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.¹⁴⁵

En favor de esta última postura se dan una serie de argumentos, que podemos sintetizar en los siguientes:

- En primer lugar, que se establecen dos esferas distintas de competencias entre la Ley, artículo 34, y el Reglamento, artículo 37, existiendo una delimitación clara entre ellas.
- En segundo lugar, que el concepto tradicional de Ley desaparece en la Constitución de 1958 porque el Parlamento ya no representa él sólo la voluntad general, sino que el propio pueblo ejercita directamente la soberanía y eso se traduce en que en el artículo 34 de la Constitución domina el concepto material de la Ley frente al concepto formal, lo que le hace a la Ley tener un recorte de

¹⁴³ Así lo interpreta también J. M. BAÑO LEÓN: "Los Límites..." op. cit, pág. 73.

¹⁴⁴ L. FAVOREU: "Les reglements autonomes n'existent pas". RFDA 6, 1987.

¹⁴⁵ Véase a este respecto: R. GARCÍA MACHO: "Reserva de ley..." op. cit, pág. 95.

competencias en cuanto a las materias sobre las que puede intervenir, que serán las que estén recogidas en el citado precepto.

- En tercer lugar, que el Presidente de la República tiene una esfera de competencias reservada, incluso frente al Gobierno pero, sobre todo, frente al Parlamento, como consecuencia de la elección mediante sufragio universal, lo que le otorga una legitimidad estatal y una capacidad jurídico-constitucional indudable.

Como resultado de los citados argumentos esgrimidos, se concluye que se produce una sustancial limitación del principio de supremacía de la Ley debido a la concepción material establecida en el artículo 34, que tiene como objetivo establecer una repartición de competencias entre legislativo y ejecutivo.

La reserva de Reglamento se deduce del artículo 37,1, ya que las materias que no estén otorgadas expresamente a la Ley por la Constitución quedan reservadas al Reglamento. Esta reserva a Reglamento se potencia mediante la existencia de los reglamentos autónomos. Asimismo, con base en el artículo 41 se prevé la posibilidad de que el Gobierno obligue al Parlamento a mantenerse dentro de los límites del artículo 34, con la posibilidad de interponer un recurso ante el Consejo Constitucional.

4. Conclusiones

4. 1. Alemania

1. La figura del Reglamento independiente no tiene cabida en la Alemania actual, debido al sistema de relaciones entre la Ley y el Reglamento que acoge la Ley Fundamental. No se opta por una reserva absoluta, tal y como ha defendido parte de la doctrina, pero se amplía notablemente el campo de materias que requieren el pronunciamiento previo del legislador. Aparte de existir una reserva de Ley, también nos encontramos con un deber de intervención del Parlamento. Así, la esfera de actuación del poder ejecutivo viene determinada por aquel círculo de tareas a la que no alcanza el derecho de intervención del legislador.

2. Con el paso de una Dictadura-Imperio-Monarquía a una República que sustituye el principio histórico monárquico de legitimidad dual por el principio democrático, desde Weimar, la exclusiva en cuanto a la creación de Derecho la ostenta el poder legislativo. La doctrina de la reserva de Ley continuará en plena vigencia, aunque con un profundo cambio de contenido

y funciones. Ahora el motor de la figura lo representa la protección de los derechos y libertades públicas, aunque se produce un considerable aumento de las materias que deben ser reguladas por Ley, debido precisamente a esa legitimación mayor con la que cuenta el Parlamento, que hace que todas las materias importantes para los ciudadanos deban ser reguladas por la Ley en primera instancia. De esta forma, se ha desarrollado por parte del Tribunal Constitucional alemán lo que se ha dado en llamar la doctrina de la esencialidad, consistente en la necesidad de que el Parlamento se pronuncie con carácter previo sobre todas las materias que se consideren esenciales, lo que convierte en una decisión política algo que, en principio, es estrictamente jurídico.

3. La Ley Fundamental de Bonn no puede ocultar en su seno los acontecimientos históricos vividos por el pueblo alemán. Así, modifica drásticamente la tradición alemana de relaciones entre Ley y norma reglamentaria, pues sólo reconoce aquel poder reglamentario que derive del mandato del legislador. La supremacía formal y material de la Ley es casi absoluta y sólo se permiten algunas licencias reglamentarias en ámbitos internos, puramente organizativos, de la Administración.

4. La rotundidad con la que el artículo 80 de la Grundgesetz limita el ejercicio de la potestad reglamentaria se explica por los excesos en las delegaciones al ejecutivo que cometieron los legislativos desde la República de Weimar y tiene como objetivo primordial evitar las habilitaciones genéricas en favor del poder ejecutivo. Sin embargo, plantea el inconveniente de tener que examinar cuándo una Ley cumple con los requisitos del artículo 80. Parece claro que se desecha toda posibilidad de normas en blanco. Se exige en todo caso un contenido mínimo a la Ley de habilitación, que debe expresar siempre el contenido, la finalidad y la extensión que deberán tener los reglamentos que se dicten en su desarrollo. Sin embargo, el artículo 80 de la Ley Fundamental no resuelve definitivamente el problema. Indica los límites pero no dice nada acerca de las decisiones que deban ser tomadas por el legislador. Es en esta laguna normativa donde surge la teoría de la esencialidad.

4. 2. Francia

1. Es evidente que la intención del legislador de 1958 estaba bastante clara. Era la de establecer una fórmula cristalina de distribución de competencias entre el poder legislativo y el poder ejecutivo para evitar los problemas que se habían producido durante la Constitución de la III y de la IV República. A todo ello ayudó, por una parte, el carácter del entonces Presidente de la

República, Charles De Gaulle, quien era partidario del fortalecimiento del poder ejecutivo y, por otra, la forma de Gobierno que se daba en ese preciso momento en Francia, la República, con una elección directa del jefe del Estado mediante sufragio universal, lo que le otorga una indudable legitimación democrática que se traduce en la posibilidad, reconocida constitucionalmente, de participar en la producción del Derecho. Además es también cierto que se optó por una concepción material de la Ley. Se establece una lista de materias concretas sobre las que sólo puede actuar la Ley.

2. Es indudable que los argumentos esgrimidos por cierto sector doctrinal son irrefutables. Pero son irrefutables en 1958, no en 1997. Y, ¿por qué? Muy sencillo. Porque todos, Consejo Constitucional, Consejo de Estado, Asamblea Nacional y, hasta, la propia Jefatura de Estado se han dado cuenta de que el sistema no ha resuelto los problemas que venía llamado a resolver. Que la distribución tan aparentemente diáfana que se efectúa en el articulado de la Constitución de la V República da otro tipo de problemas, distintos a los que daban los sistemas constitucionales anteriores, pero problemas al fin y al cabo. Y, ¿qué han tratado de hacer para resolver los problemas que les da ahora esa distribución de competencias y todos los problemas que sobre materia de fuentes se proyectan? Pues intentar volver poco a poco a lo que ha sido la forma tradicional francesa de establecer las relaciones entre las distintas fuentes del Derecho y de distribuir las competencias entre el poder ejecutivo y el poder legislativo.

3. Por ello, no son descabellados los argumentos de aquellos que defienden que del texto constitucional de 1958 no puede extraerse la consecuencia de que existan reglamentos autónomos en aquel país.

4. La línea actual tiende a restringir el ámbito del Reglamento y a extender correlativamente el de la Ley. Además, se intenta imponer una serie de limitaciones por parte del Consejo Constitucional francés a las delegaciones legislativas que otorgan competencias de desarrollo en determinadas materias al Reglamento, al igual que sucede en Alemania. Por eso se afirma por parte de algunos autores¹⁴⁶ que “los términos en que en Francia la Ley puede delegar en el Reglamento no son, pues, sustancialmente distintos a los que hemos visto en Alemania. El problema es el mismo: determinar qué aspectos pueden ser remitidos al Reglamento.”

¹⁴⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op. cit, pág. 73.

5. Hoy en día se intenta intervenir e interferir en los ámbitos reglamentarios por las dos vías de sujetar estos al principio de legalidad y a los principios generales del Derecho, intentando volver así a la concepción formal de la Ley como norma que puede intervenir en cualquier materia y tiene una primacía sobre el Reglamento.

6. Realmente, se puede estar a favor o en contra de esta interpretación que hacen los “consejos”, pero lo que es difícil de mantener es que la misma respete el espíritu e, incluso, la dicción literal de la norma constitucional.

A modo de reflexión

Es conveniente reflexionar al final de este análisis comparado en torno a la regulación actual de las relaciones entre la Ley y el Reglamento que se acoge en los dos países que más influencia han ejercido en esa materia en el sistema español acerca de esa descriptiva afirmación que hace Garrorena y que recogimos al inicio de este apartado sobre el espectacular cruce de doble signo que se ha producido en los últimos años en ambos países.

Las respuestas que pueden ofrecerse a la hora de explicar este fenómeno son diversas. Garrorena apunta que en Francia siempre han coexistido dos tradiciones constitucionales: la jacobina y la bonapartista, más doctrinaria y partidaria, por tanto, del reforzamiento del ejecutivo frente al legislativo.

En el caso alemán la actual regulación que hace la Ley Fundamental de Bonn responde claramente a la reacción frente a los excesos cometidos por el régimen alemán inmediatamente antecesor de dicha norma constitucional, junto con la progresiva tendencia de ciertos sectores de la doctrina a interpretar de una manera más laxa la cláusula libertad-propiedad con la consecuencia de extender el ámbito de aplicación de la reserva de Ley a todas las materias susceptibles de incidir de una u otra manera en la esfera jurídica de los ciudadanos, pasando de ser una reserva de Ley a una reserva de Parlamento.

La regulación que se hace de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Ley fundamental de Bonn es clara y tajante en cuanto al espíritu que la impregna, el cual se basa en el fortalecimiento de la figura del Parlamento como institución representativa suprema y, por tanto, detentadora, casi en régimen de monopolio, de la creación del Derecho.

Sin embargo, como siempre ocurre en el mundo del Derecho, la opción por una u otra solución tiene sus ventajas y sus inconvenientes.

Podemos observar como ambos sistemas plantean problemas similares y se pueden resumir en las dificultades que ambos modelos tienen en cuanto a establecer las relaciones entre la Ley y el Reglamento desde el punto de vista vertical, en lo que hace referencia al contenido mínimo que tiene que tener la Ley, y horizontal en lo que hace referencia a las materias que pertenecen a la Ley y cuáles otras pueden pertenecer al Reglamento, por lo que la diferencia entre ellos no es absoluta, sino más bien relativa.

Además, inicialmente, se planteó el problema de quién era el órgano encargado de controlar judicialmente este tipo de normas, ya que se consideraba que no eran normas con una categoría inferior a la Ley. Esta cuestión fue resuelta por el Consejo de Estado francés, el cual formuló la doctrina de sujetar este tipo de reglamentos a los principios generales del Derecho para poder fiscalizarlos.

No se plantea, sin embargo, en Francia el problema de atribuir esa misma reserva reglamentaria a las entidades regionales, puesto que se configura como un Estado centralizado, cuestión que si hubiese creado inconvenientes en otros países de estructura federal. Quizás por ese motivo no se haya optado por esta solución en países como Alemania o Austria y haya sido un país centralizado y presidencialista como Francia el que haya intentado solucionar el secular problema de deslindar las competencias del legislativo y el ejecutivo por la vía de reservar constitucionalmente los ámbitos de poder de cada uno.

Como vemos, los problemas que plantea la constitucionalización de una reserva en favor del Reglamento son verdaderos, distintos a su no constitucionalización, pero también importantes. Quizás los problemas surgidos a raíz de la experiencia francesa sean los que inclinasen definitivamente al constituyente español a optar por la no inclusión en el texto definitivo de la citada reserva reglamentaria.

EL DEBATE EN TORNO AL MODELO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO EN EL MOMENTO DE APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. Introducción

En el momento de aprobación de la Constitución española en 1978 se produjo un enconado debate en torno a la inclusión o no en el texto definitivo de una reserva reglamentaria en parecidos términos a como la encontramos en la Constitución francesa de 1958, pero que recordaba también el artículo 63 del Proyecto constitucional de Primo de Rivera y el artículo 10 de la Ley de Cortes vigente durante el período franquista, por lo que la institución que se pretendía constitucionalizar no era totalmente extraña a nuestro Derecho, si bien es cierto que el primer precepto que citamos, el 63 de Primo de Rivera, no estuvo nunca vigente, y que el segundo, el 10 de la Ley de Cortes, no contenía realmente una auténtica reserva reglamentaria, a pesar de los esfuerzos de explicación en ese sentido que empleó la doctrina más próxima al régimen.

Como vemos ahora, no es ocioso estudiar el modelo francés a la vista de las influencias que ha ejercido desde siempre en parte de nuestra doctrina pública y de los deseos que algunos autores españoles expresaban acerca de sus preferencias por la inclusión de un modelo similar en el ordenamiento español en el momento de la promulgación del texto constitucional de 1978.

Junto a los firmes defensores de la inclusión de una reserva a Reglamento en nuestro texto constitucional, se encontraban aquellos autores que preferían establecer una regulación conforme a lo que había sido nuestra práctica constitucional histórica, es decir, considerar la Ley como una norma superior a la reglamentaria y establecer la prohibición para el Reglamento de la posibilidad de entrar a regular un determinado número de materias sin que exista un pronunciamiento previo por parte de la norma legal.

En el fondo, lo que estaba presente en el debate eran dos corrientes de pensamiento perfectamente diferenciadas, dos posturas bien diferentes ante el Derecho y, porque no decirlo, dos concepciones políticas contrapuestas, pero, sobre todo, dos generaciones de juristas y de políticos distantes no sólo por los datos que figuraban en sus carnets de identidad.

Las filas de los partidarios de la reserva a Reglamento estaban compuestas por los más próximos al decrepito régimen que se apagaba. Evidentemente,

lo que pretendían estos autores era el establecimiento de un poder ejecutivo fuerte, en coherencia con la situación que se había mantenido durante cuarenta años en el régimen anterior. No olvidemos, como decíamos antes, que hubo cierto sector doctrinal que ya intentó sostener la existencia de una reserva a Reglamento en el ordenamiento franquista con base en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes.

Por el contrario, los partidarios de considerar el Reglamento como una fuente del Derecho, pero una fuente secundaria sometida a la primacía de la norma legal, lo que era coherente tanto con el resto de la estructura del sistema que se pretendía construir como con la línea adoptada por nuestra más añeja tradición constitucional, se encontraban más próximos a los principios democráticos emergentes en la época y que, además en este caso, jugaban con la ventaja de la adecuación de sus propuestas en materia de fuentes al resto de la estructura constitucional que se estaba debatiendo.

2. El borrador de noviembre de 1977.

El borrador de Constitución de noviembre de 1977 contenía una clara reserva a Reglamento en el artículo 79. Paralelamente, en el artículo 73 se enumeraban las materias que correspondían a la Ley.

Concretamente era el párrafo 4º del artículo 79 el que preveía la reserva a Reglamento de las materias no incluidas en el artículo 73 como correspondientes a la Ley, tras hablar los tres primeros del citado precepto de los Decretos-leyes. Decía literalmente el apartado 4º que: “Corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno la regulación de las materias no reservadas a la Ley y que no estén atribuidas por la presente Constitución a las regiones autónomas.”

Como podemos observar la inspiración en los artículos 34 y 37 de la Constitución francesa de 1958 es notable, así como también se hace patente el influjo del artículo 10 de la Ley de Cortes vigente durante el régimen franquista.

3. El Anteproyecto de enero de 1978

En este anteproyecto se contenían pocas modificaciones con respecto al borrador de noviembre que acabamos de comentar.

La reserva de Ley se regulaba en el artículo 72 y la única novedad que se recogía era la inclusión dentro de la reserva de un número mayor de

materias, tales como las cuestiones de administración y contabilidad, de obras públicas y transportes y una cláusula de cierre que decía literalmente, “y cuantas remisiones contenga la Constitución a la ley”. Por su parte, la reserva reglamentaria se contenía en el mismo artículo, el 79, aunque ahora repartía su contenido con el artículo 78, sin que se produjese, sin embargo, una modificación de fondo sustancial.

El debate de ideas al que dio lugar tal previsión fue tan importante como la novedad que suponía el hecho de constitucionalizar una serie de materias como pertenecientes a la norma reglamentaria.

Herrero de Miñón, uno de los ponentes, calificaba la previsión de “técnica de la reserva negativa de ley.”¹⁴⁷ Seguía opinando Herrero de Miñón en ese mismo periódico que existía una atemperación de esa reserva negativa de Ley por el hecho de que las Cortes podían legislar sobre materias en principio reglamentarias, si así lo decidían por mayoría.

Por otro lado, J. L. Carro, el ahora Catedrático, entonces Adjunto de la Complutense, escribía en el mismo periódico, *El PAÍS*,¹⁴⁸ un artículo en el que afirmaba que con la regulación que se pretendía instaurar en España se pretendía importar la solución francesa de 1958 al reservar al Reglamento un campo propio de actuación en el que la Ley no podía entrar, con la consiguiente equiparación de rango entre ambas normas. Para Carro Fernández-Valmayor no era, en absoluto, necesaria adoptar la solución de la reserva reglamentaria y rebatía los motivos aducidos por los partidarios de la misma. Decía que la reserva reglamentaria no era el instrumento más idóneo para dotar de mayor flexibilidad al ejecutivo, como argumentaban los partidarios de la misma, puesto que para ello estaban las técnicas de delegación y, para cuestiones urgentes, el Decreto-ley. Afirmaba rotundamente, y no sin razón, como hemos tenido la oportunidad de comprobar, que la inclusión en Francia de la reserva a Reglamento ha provocado, como es aceptado por los propios autores franceses, complicaciones innecesarias, más problemas que virtudes.

Además señala una cuestión de trascendencia práctica indudable, como es el hecho de que España se pretendía configurar como un Estado regional descentralizado. Por ello también debería regularse la posibilidad de una reserva reglamentaria en favor de los Gobiernos de las distintas regiones o nacionalidades, con lo que se introduciría la complicación de que la competencia legislativa de los diferentes territorios habría de delimitarse así

¹⁴⁷ HERRERO DE MIÑÓN, M: *El País*, 6 de octubre de 1977.

¹⁴⁸ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: *El País* 8 de diciembre de 1977.

no sólo respecto de la legislación estatal, sino también de la propia reserva reglamentaria estatutaria y, ésta, a su vez, de la estatal.

Finaliza Carro Fernández-Valmayor el artículo diciendo que por todos los problemas apuntados "...es necesario anclar en nuestra futura Constitución la primacía de la Ley y dar así al principio democrático toda la fuerza posible. La Ley debe ser totalmente soberana en la elección de las materias a regular...Al Reglamento - como norma secundaria producto de una voluntad burocrática - ha de corresponderle lo que es en esencia su labor específica: el desarrollo de las leyes y la regulación de la organización y servicios de la Administración."¹⁴⁹

Creemos que queda suficientemente clara la postura de este autor con las palabras que reflejamos.

También Javier Salas, desgraciadamente ausente entre nosotros antes de tiempo, se muestra "entusiasmado" en torno a la posible constitucionalización de una reserva en favor del Reglamento. Su opinión en contra era evidente. Tan sólo la lectura de uno de los apartados del trabajo más general que en respuesta al artículo que Clavero Arévalo había publicado años antes escribe en el número 84 de la Revista de administración Pública en torno a la existencia o no en España de los reglamentos autónomos, da una idea de lo "contento" que se mostraba Salas con la solución que para esclarecer las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder legislativo se pretendía adoptar. El apartado tercero y último de ese trabajo lleva por título: "El tema en el Proyecto de Constitución: otro trasplante incongruente." Concretamente, el inicio del apartado lo inicia así: "El fantasma de la reserva reglamentaria planea de nuevo sobre el Derecho español."¹⁵⁰

Señala J. Salas en el trabajo que se cita que "...no debe olvidarse que en Francia existe un régimen político mixto, parlamentario y presidencialista, mientras que en España...trata de establecerse una Monarquía parlamentaria. ¿Qué sentido tiene, pues, cercenar la soberanía parlamentaria si no se instaura ni una Monarquía simplemente limitada ni una República con tendencia presidencialista? Lo que no deja de ser paradójico, además de gravemente equívoco, es pretender importar una institución que,

¹⁴⁹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: El País, jueves 8 de diciembre de 1977.

¹⁵⁰ SALAS, J.: "De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho español", RAP (84), año 1977, página 657.

ciertamente, confiere al Gobierno un poder paralelo al del Parlamento en determinadas materias, sin que, al mismo tiempo, el órgano, que en cierto modo manda sobre el Gobierno - el Rey -, sea periódicamente elegido por el pueblo, como ocurre en cambio en Francia con el presidente de la República.”¹⁵¹

Además, añade Salas que el proyecto de Constitución incurre en un grave equívoco, no ya porque trasplante el sistema francés sino por hacerlo “...sin asumir, al mismo tiempo, todas las consecuencias y los elementos definitorios básicos de aquél.”¹⁵² Finaliza J. Salas su reflexión aportando una idea que comparto plenamente. Afirma que “una vez más, puede comprobarse cómo la importación de una institución aislada puede ser, a más de perturbadora, gravemente incoherente con los principios jurídico-políticos básicos del sistema en el que se inserta.”¹⁵³ Estamos totalmente de acuerdo. Los trasplantes en el Derecho tienen bastante grado de rechazo y pocos índices de aceptación, tal y como nos muestra la Historia.

3.1. Caracteres de la reserva en el Anteproyecto

Aunque la reserva a Reglamento no pasase al texto definitivo de la Constitución de 1978, creemos interesante dar cuenta de sus caracteres principales para poder observar qué problemas o qué virtudes nos hubiera aportado la solución indicada y si la misma es o no idéntica a la empleada en Francia. De entrada diremos que el sistema no es el mismo. Hay matizaciones in minus contra el Reglamento, debidas principalmente a la mala conciencia del constituyente, quien sabía de los problemas que esta institución de la reserva a Reglamento había producido en Francia y quería no efectuar, por ello, un trasplante integral de la misma, intentando salvar los escollos más duros de la figura que allí se habían manifestado.

He aquí las características principales del Anteproyecto de enero de 1978 por lo que hace referencia a la regulación de la potestad reglamentaria:

- Era un sistema mixto en el que la potestad reglamentaria tenía “...dos títulos de atribución: por un lado, era un poder inicial e incondicionado, en relación con las materias no reservadas a la Ley, ya que dichas materias corresponde regularlas a la potestad reglamentaria del Gobierno...Pero simultáneamente, se reconocía al Gobierno en el artículo 95 el ejercicio de la potestad reglamentaria

¹⁵¹ SALAS, J.: “De nuevo...” op., cit., página 658.

¹⁵² Ibidem...página 658-659.

¹⁵³ Ibidem...página 659.

de acuerdo con la Constitución y las leyes, luego hay que pensar que esta segunda atribución era la de ejecutar las leyes, mientras que la primera se refería a la potestad reglamentaria autónoma.”¹⁵⁴

- Se producía una deslegalización de las materias que antes estaban reguladas por Ley si las mismas no caían dentro de la lista de materias reservadas a la Ley que se contenía en el artículo 72, según lo previsto en la disposición transitoria primera.
- El control de los reglamentos autónomos, al igual que el de los reglamentos ejecutivos, se encomendaba a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Tribunal Constitucional sólo tenía competencia para conocer de las disposiciones con rango de Ley y los reglamentos autónomos, a pesar de las diferentes opiniones doctrinales al respecto, no eran considerados como disposiciones con rango de Ley, por lo que el control sobre los mismos se configuraba como un control estrictamente jurídico.
- El poder residual estaba en manos del Gobierno, ya que el artículo 79, al afirmar que pertenecían a la potestad reglamentaria del Gobierno las materias no reservadas a la Ley por el artículo 72, dejaba bien claro que las Cortes Generales no podían regular por Ley otras materias que no fuesen las enumeradas en el artículo 72, salvo la excepción que se contenía en el apartado o) del artículo 72 y en la disposición transitoria 1ª en su apartado 2.

Hasta aquí vemos como el sistema que se quería implantar en nuestro país era bastante similar al francés. Se reconocía una potestad reglamentaria autónoma del Gobierno y, además se configuraba la misma como poder residual para regular todas aquellas materias que la Constitución no hubiese atribuido a la Ley específicamente en el artículo 72. Sin embargo, veremos a continuación cuál es la diferencia esencial entre el sistema francés y el español y cómo resulta perjudicado el Reglamento en el nuestro, al poder ser recortado ese poder residual que tiene.

- Se reconocía en nuestro Anteproyecto de Constitución la posibilidad de que el poder legislativo irrumpiese en el ámbito reservado al Reglamento mediante la aprobación por la mayoría

¹⁵⁴ DÍEZ MORENO: “La reserva reglamentaria y la Constitución”, en “La CE y las fuentes del Derecho”. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1980. página 639.

absoluta del Congreso. Esta era la diferencia sustancial con el sistema francés, donde no cabe la invasión por el poder legislativo del ámbito reservado al poder reglamentario. En el sistema francés se produce una auténtica constitucionalización, con garantía constitucional, de las materias que el artículo 37 reserva al Reglamento, mientras que en el sistema español se produce una atribución de competencias al poder reglamentario en el artículo 79 y no una constitucionalización de las materias correspondientes al mismo.

La diferencia es importante. Supone dar la vuelta a la tortilla en el sentido que hemos expresado anteriormente de atribución del poder residual a una u otra norma.

Parece claro, que aunque el poder residual estuviera en manos del Gobierno, siempre existía la posibilidad de que el Parlamento legisle sobre una materia que se considerase oportuna regular por Ley con la aprobación de la mayoría absoluta, lo que hace que se produzca un mayor consenso político al respecto.

La previsión excepcional que se contiene en el apartado o) del artículo 72 y en la disposición transitoria 1ª,2 es bien acogida por algunos autores, incluso se llega a defender diciendo que “desde el punto de vista técnico no cabe duda que el sistema establecido en el Anteproyecto de Constitución española era superior al francés, especialmente, porque la mayor crítica que se hace al principio de reserva reglamentaria es la de que supone un ataque frontal a la soberanía de la Ley, y con la posibilidad de recuperación de materias para el ámbito de la Ley que en tal sistema se contiene, quedaba claramente salvada la cuestión.”¹⁵⁵

Señala este mismo autor¹⁵⁶ tres razones hipotéticas, pero muy pragmáticas, por las que él entiende que no se llevó al texto definitivo la reserva reglamentaria. Primero, la instauración de un Estado democrático de Derecho, cuyos postulados exigen que toda intervención en la esfera de los derechos de los ciudadanos haya de verse legitimada por Ley.

¹⁵⁵ DÍEZ MORENO: “La reserva reglamentaria...” op., cit., pág. 640-641.

¹⁵⁶ *Ibidem*... páginas 643 y ss.

Segundo, la instauración en España de un régimen parlamentario con predominio del poder legislativo y poco inclinado a conceder al poder ejecutivo más facultades que las meramente indispensables.

Y tercero, la configuración regional de la que se dota nuestro país y la consecuencia de que habría que prever la posibilidad de una reserva reglamentaria en los respectivos Estatutos de Autonomía en favor de los Gobiernos de las diferentes regiones, con la dificultad añadida de que habría de delimitarse la competencia legislativa de los diferentes territorios no sólo respecto a la legislación estatal, sino también respecto de la propia reserva reglamentaria estatutaria, por lo que resultarían demasiados poderes normativos en funcionamiento cuya jerarquía sería muy difícil de establecer, por lo que los principios de legalidad y jerarquía se resentirían.

Díez Moreno encuentra argumentos para salvar esas tres razones por las que él considera que la reserva a Reglamento no se llevó definitivamente al texto definitivo de nuestra Constitución y se muestra muy partidario de la reserva reglamentaria en los términos en que estaba planteada en el Anteproyecto de enero de 1978, opinión que no compartimos.

Es importante destacar que, de haberse aprobado el Proyecto de Constitución en los términos en los que estaba formulado, "...en lugar de hablar de reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes, hablaríamos de reglamentos ejecutivos y autónomos. Es decir, existirían unas materias sobre las que la Ley no hubiera podido entrar en virtud de la reserva reglamentaria, aunque en el Anteproyecto constitucional esta reserva no era rígida, merced a lo dispuesto en el apartado O) del artículo 72 del Anteproyecto"¹⁵⁷

Sin embargo, pensamos que nuestro país no estaba en aquellos momentos preparado para establecer una regulación de las relaciones entre la Ley y el Reglamento tan favorables o tan aparentemente favorables para el segundo, ya que producía una nota discordante con el tipo de Estado que se quería instaurar, justo cuando acabábamos de salir de un régimen en el que el predominio del poder ejecutivo y de su capacidad normativa en detrimento del legislativo fue una constante que no produjo unos efectos precisamente beneficiosos. Además la adscripción política de las personas que defendían la opción de la reserva a Reglamento hacía muy difícil que esta prosperase

¹⁵⁷ COLOM PASTOR, B.: "Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional". REDA (40), 1984, página 241.

en un régimen que pretendía como objetivo principal romper amarras con el pasado.

Otra cosa hubiese sido el discutir la posibilidad de incorporar esa reserva a Reglamento en la misma situación en la que se hizo en Francia, esto es, para aprobar una nueva Constitución dentro de un régimen político que continuaba siendo el mismo y dentro del cual encajaba medianamente por el régimen presidencialista de elección directa de la cabeza del ejecutivo, lo cual otorga a este una legitimación democrática mayor, equiparable a la del legislativo, hecho que no sucede en nuestro sistema constitucional, donde el poder ejecutivo posee una legitimación derivada y no directa.

Señala Garrorena Morales¹⁵⁸ acertadamente que “...las posibilidades de que esta corriente jurídico pública consiguiera imponer sus criterios en el nuevo marco constitucional eran realmente mínimas. Bien pensado, se hace incluso difícil entender el que dichas fórmulas pudieran ser entonces siquiera sugeridas...” por su “...incompatibilidad con las restantes piezas del sistema dentro del cual se pretendía que dicha visión de la Ley quedase constitucionalizada...Una cosa es admirar esquemas pasados o foráneos, abiertamente antiparlamentarios o racionalizados con fuertes correctivos presidencialistas, y otra muy distinta...creer que el modelo dualista de fuentes incoado en aquellos contextos pueda trasladarse con alegre impunidad a un marco estructural explicablemente situado en los antípodas de todo dualismo.”

Por lo tanto, si bien es cierto que el Estado democrático de Derecho, la Monarquía Parlamentaria y la estructura regional del Estado hacían muy difícil que, finalmente tuviese lugar en España la importación francesa de la reserva a Reglamento, también lo es que la principal razón fue política e histórica y no jurídica, y estaba basada en el fortalecimiento del poder legislativo frente al ejecutivo como forma más evidente de “ruptura reformista o reforma rupturista” con el régimen al que se venía a sustituir.

Por eso, precisamente, se opta por una Monarquía parlamentaria con predominio del Parlamento.

De todos modos, no es descartable que en el futuro se vuelva a plantear la posibilidad de regular una reserva en favor del Reglamento en el caso de que se produzca una reforma de nuestro sistema político y queramos dotarnos de una nueva Constitución o reformar la que tenemos. De momento no vemos

¹⁵⁸ GARRORENA MORALES, A.: “El lugar...” op., cit., página 50.

que ese supuesto esté cercano ni que sea esa la principal cuestión necesitada de reforma en nuestro sistema constitucional.

Creemos que, por el momento, el debate acerca de esa posibilidad sería estéril, porque nuestro texto constitucional acoge una regulación muy distinta de la materia, mejor y más fiel, a nuestro entender, con el sistema político sobre el que se proyecta y cuenta, además, con las herramientas necesarias para responder a las nuevas exigencias y demandas sociales que se presentan en nuestros días. Si en el futuro el sistema no respondiese a los parámetros sociales indicados, entonces, sería el momento de intentar dar una respuesta distinta a ese tipo de cuestiones.

4. Conclusiones

1. No se puede ser maximalista y decir que una u otra opción es la mejor absolutamente. Como ya hemos indicado en otras partes de este trabajo, en Derecho todas las opciones que se adopten para tratar de solucionar un problema son discutibles y, todas ellas, tienen ventajas e inconvenientes. En Francia, donde está vigente la reserva reglamentaria, tienen unos problemas en cuanto a la manera de articular correctamente las relaciones entre la Ley y el Reglamento que aquí no tenemos. Pero aquí tenemos otros que allí no tienen. Y si hubiéramos constitucionalizado la reserva a Reglamento tal y como la contemplaba el Anteproyecto de Constitución, tendríamos otros problemas, distintos pero igualmente importantes y difíciles de resolver.

2. No queremos decir que la idea de la reserva a Reglamento sea algo descabellado y que quienes la defendieron en su momento y, aun hoy la siguen defendiendo, sean unos juristas menos versados.

3. Lo que pretendemos poner de manifiesto es que *técnicamente no hay nada imposible*. Si se hubiese optado por implantar la reserva reglamentaria en nuestro país se podría haber hecho desde el punto de vista técnico sin ningún problema. Lo que ocurre es que en el contexto general en el que se planteó el debate en torno a esta figura era muy poco recomendable que se llevase al texto definitivo por ser unas vigas que no encajaban bien en el edificio que se estaba construyendo. Por otra parte, los arquitectos que defendían la opción de esas vigas lo hacían motivados por unos planteamientos, respetables sin duda, pero poco acordes con el futuro que se estaba comenzando a construir, y más coherentes con el pasado con el que se pretendía romper.

4. Todavía existen autores que defienden hoy la existencia de reglamentos autónomos en el ordenamiento español,¹⁵⁹ sin que sus argumentaciones al respecto puedan tener muchas posibilidades de prosperar, tal y como se vio con anterioridad, ya que la Constitución no dio finalmente luz verde a la regulación de los mismos en nuestro sistema constitucional.

5. Del examen del iter procedimental y del debate seguido por los artículos que regulaban la materia referente a la potestad reglamentaria en el Anteproyecto primero, en el Proyecto después y, finalmente, en el texto definitivo se puede concluir que el Reglamento independiente no ha desaparecido totalmente de nuestro ordenamiento, sino que incluso, al ser aceptadas las enmiendas presentadas por el Grupo Mixto y el partido socialista al artículo 90, actual 97, el constituyente estaba aceptando, tácitamente y no de modo expreso, como por otra parte ha sido la constante histórica de nuestro constitucionalismo, la existencia de ciertas materias sobre las que existía una potestad reglamentaria genérica en favor de la Administración para dictar reglamentos que no dependen del previo pronunciamiento ni habilitación legal, pero que sí deben sujetarse a las propias reglas establecidas en la Constitución.

¹⁵⁹ Tal es el caso del trabajo publicado por J. L. PALMA FERNÁNDEZ, publicado en la REDA, número 87, año 1995.

TITULARIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. Introducción

La concreción de quiénes son los órganos que en nuestro ordenamiento jurídico ostentan la titularidad de la potestad reglamentaria se nos antoja decisivo a la hora de estudiar el ejercicio que de la misma efectúan dichos órganos. La delimitación de los órganos que ostentan la titularidad de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento, como pone de manifiesto Santamaría Pastor,¹⁶⁰ no es "...una tarea simple, sino ardua y discutida..." y sólo puede ser resuelta apelando a los "...principios estructurales básicos del sistema político-constitucional."

En efecto, las discrepancias doctrinales son importantes, sin que exista un acuerdo unánime ni, por tanto, esté definitivamente resuelta la cuestión. Es más, no sólo no está resuelta la cuestión en nuestro sistema sino que se ha complicado aun más con la promulgación de la Constitución de 1978, la cual contempla el nacimiento de nuevas administraciones públicas como son las Comunidades Autónomas y otros órganos de naturaleza administrativa susceptibles de ejercer potestades de esta clase, siendo, por tanto, también sujetos activos de la potestad reglamentaria.

2. Una primera distinción: potestad reglamentaria interna (ad intra) y potestad reglamentaria externa (ad extra)

Parece útil efectuar una primera diferenciación en la materia entre la potestad reconocida en favor de algunos entes u órganos administrativos para dictar normas que sólo se proyectan sobre ámbitos internos a la organización a la que pertenecen y potestades para dictar normas que tienen efectos no sólo dentro de la esfera jurídica interna a la propia organización, sino que afectan a todos los agentes externos a la misma, incluyendo a los propios ciudadanos.

La diferenciación que acabamos de efectuar sirvió de base a la doctrina jurídica alemana del siglo XIX para diferenciar entre reglamentos administrativos, que serían la consecuencia del ejercicio de ese primer tipo de potestades a las que hemos hecho alusión y reglamentos jurídicos, que serían aquellos que se dictan como consecuencia del reconocimiento de una potestad para imponer reglas de conducta a personas ajenas en campos

¹⁶⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Fundamentos..." op., cit..., página 753.

externos a la propia administración de la que emana el Reglamento. Para Santamaría Pastor “la potestad normativa externa supone, por lo tanto, un plus neto sobre la existencia de la organización, que no es inherente a la misma, sino que le tiene que ser atribuida desde fuera de ella. Y es justamente el presupuesto de tal atribución lo que constituye una de las principales señas de identidad del Estado liberal y democrático: el que todo mandato impuesto a una persona ha de contar con su consentimiento.”¹⁶¹

Para el citado autor, “...la potestad reglamentaria (externa) no es, como equívocamente suele decirse, una potestad administrativa, sino una potestad gubernativa,”¹⁶² por lo que en nuestro sistema jurídico, sólo puede estar reconocida en favor de aquellos órganos que tienen potestades de gobierno, como son el Gobierno de la nación en el ámbito de la Administración General del Estado, el de las Comunidades Autónomas en el ámbito regional y el Pleno de las entidades locales en el ámbito local.

Todos estos órganos que tienen reconocida esta potestad reglamentaria externa la tienen como consecuencia de la legitimación democrática que ostentan al haber sido elegidos por la voluntad popular y ser, por tanto, en base a esa voluntad popular, los únicos con capacidad reconocida de incidir en el ámbito de derechos y libertades de los ciudadanos.

3. La atribución de la potestad reglamentaria en nuestro sistema jurídico: los entes que tienen reconocida potestad para dictar reglamentos

3.1. Las entidades territoriales tienen claramente otorgada una potestad reglamentaria por nuestro ordenamiento jurídico

Una vez efectuada esa primera distinción entre potestad reglamentaria interna y externa y ver cómo la segunda está atribuida a los órganos de gobierno de los distintos entes territoriales, debemos ahora hacer mención a los órganos o entidades que la Constitución reconoce como sujetos activos de la potestad reglamentaria.

Si examinamos nuestro texto constitucional, veremos como el único órgano que tiene atribuida una potestad reglamentaria directamente es el Gobierno de la nación. Ello es fácilmente comprensible si se tiene en cuenta que la Constitución reconoce autonomía a otros entes territoriales en cuanto a su organización para el mejor cumplimiento de sus respectivos intereses y que, por tanto, no es a ella a quien le compete directamente la atribución de este

¹⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 754.

¹⁶² Ibidem...

tipo de facultad en favor de entes descentralizados con grandes poderes de autoorganización. La Constitución tan solo deja abierta esa posibilidad al reconocer en el artículo 137 la potestad de autoorganización que tienen tanto las Comunidades Autónomas como las Entidades Locales. En otros preceptos constitucionales, la atribución de potestades reglamentarias en favor de este tipo de entidades territoriales la nombra indirectamente, al imponer a las Comunidades autónomas del 151 la existencia de un Consejo de Gobierno con facultades ejecutivas y administrativas, o implícitamente la reconoce cuando en el artículo 140 atribuye al Pleno de las entidades locales la función de gobierno y administración de los mismos o cuando en el artículo 153, letra c) se confiere a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la actividad de la Administración autonómica y de sus normas reglamentarias.

En efecto, la Constitución sólo reconoce directa y explícitamente una potestad reglamentaria directa al Gobierno central en el artículo 97 por ser el órgano encargado de dirigir importantes parcelas de la actividad del Estado y estar necesitado de ese reconocimiento para ejercer de la mejor manera posible y de modo independiente, pero supeditado en todo caso a la propia Constitución y a las leyes, las competencias que se le atribuyen.

No existe, por otra parte, en ningún precepto constitucional un reconocimiento tan explícito y directo de esta potestad reglamentaria en favor de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas ni de las entidades locales. Sin embargo, y por lo que hace referencia a las Comunidades autónomas, el artículo 152 de la Constitución, referido a los órganos mínimos con los que deben contar en todo caso las Comunidades Autónomas constituidas por la vía del artículo 151, a las cuales, curiosamente, se les deja menos libertad de autoorganizarse que a las del 143, a quienes no se impone ningún límite de órganos necesarios, enumera al Consejo de Gobierno, el cual tendrá, según la dicción literal, funciones ejecutivas y administrativas, sin que se pueda extraer de esa previsión el reconocimiento de una potestad reglamentaria en favor de los mismos. Por su parte, los diferentes Estatutos de Autonomía, no sólo los de las Comunidades del 151, sino todos, reconocen potestad reglamentaria en favor de los Consejos de Gobierno, directamente en el Estatuto en trece de las diecisiete comunidades. En las cuatro restantes, País Vasco, Cataluña, Galicia y Extremadura, la atribución se efectúa indirectamente por la Ley de Gobierno y Administración de cada una de esas comunidades.

Si tenemos en cuenta que los Estatutos de Autonomía son la norma básica de funcionamiento por la que se rigen las Comunidades Autónomas y que

conforman junto con la Constitución el llamado “bloque de constitucionalidad”, podemos afirmar que existe un reconocimiento directo de la potestad reglamentaria en favor de los Consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas, no efectuado en la Constitución directamente por no ser la norma competente para hacerlo, pero sí contenido en la normativa básica de funcionamiento de las mismas, la cual desarrolla en este sentido las posibilidades que deja abiertas la Constitución en este terreno.

Por lo que hace referencia a las entidades locales, los artículos 140 y 141 de la Constitución se ocupan de ellas, aludiendo a la autonomía de la que gozan y enumerando los órganos de gobierno por los que se regirán. En cuanto a estos últimos, el artículo 140 dice que el gobierno y administración de los municipios corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Se podría interpretar esa previsión constitucional contenida en el artículo 140 como un reconocimiento explícito de potestad reglamentaria en favor del Pleno municipal en cuanto el mismo debe cumplir con esa tarea de gobierno de la entidad local que se le confiere en la Constitución, y si él es el que tiene atribuida esa facultad de gobierno, debe contar, por analogía con lo que se expresa respecto al Gobierno de la nación en el artículo 97, con la potestad de dictar normas reglamentarias, incluso con efectos jurídicos externos, como consecuencia de las funciones que realiza y requisito necesario para cumplir de la mejor manera posible ese encargo constitucional.

En cualquier caso, y por si no fuera suficiente la dicción del artículo 137 de la Constitución, la Ley de Bases de Régimen Local, norma de desarrollo directo de la Constitución por establecer esta una reserva material de Ley para el desarrollo de la materia, afirma de modo explícito en su artículo 4, letra a) que en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus respectivas competencias, corresponde, en todo caso, a los municipios, provincias y las islas las potestades reglamentarias y de autoorganización. La competencia que tienen los órganos municipales y provinciales, genéricamente enunciada en el artículo 4 se desarrolla en los artículos 22.2.d) y 32.2.b) respectivamente.

En definitiva, debe considerarse que los órganos que tienen atribuida una potestad reglamentaria directa y externa en el sistema jurídico español son los diferentes entes territoriales, que son quienes tienen la consideración de Administraciones Públicas y quienes ostentan la responsabilidad de gobierno en sus respectivos ámbitos territoriales y los que, por tanto, tienen que tener reconocida esa facultad de dictar normas, que además surte efectos externos.

Una vez efectuada esta afirmación, debemos plantearnos la posibilidad que tienen dichas entidades territoriales de dictar reglamentos independientes.

En este sentido, pensamos que en el ámbito estatal el Gobierno de la nación puede, y de hecho lo hace tal y como demuestra la práctica cotidiana, dictar reglamentos independientes en base al artículo 97, si bien los mismos deben respetar los límites impuestos por las distintas reservas materiales previstas en la norma constitucional y por las derivadas de la jerarquía normativa.

Sobre la justificación de la existencia de esta potestad reglamentaria independiente en favor del Gobierno y los ámbitos sobre los que puede operar la misma volveremos más adelante, analizándose ambas cuestiones en posteriores Capítulos.

En el ámbito autonómico, defendemos que es posible también que los Consejos de Gobierno dicten reglamentos independientes, con los mismos límites que debe observar el Gobierno a la hora de hacer uso de esa competencia, pues todos ellos tienen atribuida una potestad reglamentaria general, bien por sus Estatutos bien por sus respectivas leyes de gobierno, tal y como veíamos anteriormente. Es lógico que así sea si se tiene en cuenta la analogía de funciones y competencias que el Gobierno y los diferentes Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas tienen encomendadas.

Por último, en el ámbito local no es posible reconocer una capacidad reglamentaria independiente en favor del Pleno de los Ayuntamientos, puesto que las competencias de las entidades locales vienen claramente determinadas por la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL en adelante), que distingue entre competencias propias y delegadas. En ejercicio de dichas competencias, formalmente no pueden dictarse reglamentos independientes, puesto que el engarce con la Ley es claro, sobre todo en el caso de los dictados en ejercicio de competencias delegadas por el Estado o las Comunidades Autónomas, y materialmente, si bien es cierto que los reglamentos dictados en ejercicio de competencias propias estarán menos ligados a la Ley estatal o autonómica en cuanto al contenido de los mismos, tampoco pueden ser considerados como independientes, al encontrar una ligazón legal en la propia LBRL y al quedar incardinados en el sistema general, debiendo respetar en la materia sobre la que versen las reservas específicas de Ley que se contengan. Además, el ejercicio de las competencias municipales debe hacerse en el marco de la necesaria coordinación que el artículo 103.1 de la Constitución impone a las

administraciones públicas, siendo especialmente importante que las entidades locales cumplan con ese principio general, porque, aparte de ser un número considerablemente mayor, lo que puede propiciar más fácilmente la diversidad del ordenamiento, sus intereses son más concretos, menos generales que los del Estado y los de las Comunidades Autónomas. No es fácil afirmar que las entidades locales están sujetas de una manera tan clara a las normas dictadas por el Estado y las Comunidades Autónomas en los términos en los que lo estamos haciendo, ya que son la Administración Pública más cercana a los ciudadanos, su actuación es mucho más perceptible, tanto en sentido positivo como negativo y, por eso, hay que dotarles de instrumentos eficaces que ayuden mejor a la gestión de los intereses que representan.

No nos olvidamos cuando hacemos estas afirmaciones de la teoría alemana que propugna que los reglamentos de las entidades locales no están sometidos a las limitaciones que el artículo 80 de la Ley Fundamental impone tanto a los reglamentos federales como a los de los *landers*. La referida teoría se basa en que la legitimación democrática de los órganos de la Administración local es directa y no indirecta como la del poder ejecutivo federal o regional. La cuestión en torno a la calidad de los poderes normativos de la Administración local no es pacífica en España. Los autores se hallan divididos y la jurisprudencia titubea.

Las dos cuestiones esenciales son, como pone de manifiesto Tardío Pato¹⁶³, la exigencia o no de habilitación legislativa previa y si esta ha de ser necesariamente específica o puede ser genérica y, en segundo lugar, la intensidad de la vinculación de dichos reglamentos a las leyes.

En cuanto a la exigencia de habilitación legislativa previa, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es proclive a exigir dicha habilitación cuando la potestad normativa local opere sobre materias reservadas materialmente a la Ley o se afecte de algún modo a un derecho fundamental o libertad pública.¹⁶⁴

En cuanto a la doctrina, las diferentes opiniones se suceden. Para E. García de Enterría y T. R. Fernández, en el ámbito local rigen las mismas relaciones entre la Ley y el Reglamento que en el resto del ordenamiento. Es la Ley la

¹⁶³ TARDÍO PATO, J. A.: "El Derecho de las Universidades públicas españolas". Prólogo de R. Martín Mateo. Tomo II. Editorial PPU. Barcelona 1994, página 778.

¹⁶⁴ Así se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1985 (Ar. 1668)

que opera como límite y marco habilitante de reconocimiento de eficacia externa.¹⁶⁵

Embido Irujo parte de que el ejercicio de la potestad reglamentaria municipal necesita de una habilitación previa y sólo admite reglamentos independientes municipales en el terreno de la autoorganización de la propia Administración local, es decir, sólo acepta la calificación como independientes de los reglamentos de organización.¹⁶⁶

Por su parte, Morell Ocaña afirma que allí donde hay materias reservadas a la Ley o reguladas de hecho por ella, la habilitación debe ser previa y explícita en favor de los reglamentos locales. En ese sentido, es precisamente la remisión expresa realizada por la Ley el presupuesto legitimador de la Ordenanza local.¹⁶⁷ Para este autor, sólo en las materias no reservadas a la Ley es posible admitir la existencia de un poder reglamentario genérico de las entidades locales en base y con fundamento en el reconocimiento constitucional de su autonomía, por lo que reconoce una potestad reglamentaria independiente de las entidades locales en aquellos terrenos donde existen intereses genuinos de las mismas.

También L. Parejo admite la posibilidad de existencia de reglamentos independientes en el ámbito de competencias propias de los entes locales, no así en aquellas que les son delegadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas. Para ello esgrime la teoría alemana anteriormente aludida de la legitimación democrática directa de los órganos pertenecientes a la Administración local. En base a ello, mantiene que la Ley no es título habilitante para la norma local, sino marco y límite.¹⁶⁸

Es interesante resaltar que los autores que han tratado el tema parecen coincidir en otorgar menos independencia a las normas locales cuanto más incidan en intereses generales y se separen, por tanto, de los genuinos intereses locales. Así, la independencia de la entidad local va cediendo en autonomía y pureza a medida que la norma local incide en intereses más amplios o en derechos constitucionalmente protegidos. La normación

¹⁶⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...op.*, cit., página 229-230.

¹⁶⁶ EMBIDO IRUJO, A.: "Ordenanzas y Reglamentos municipales", en el libro colectivo "Tratado de Derecho Municipal, dirigido por Santiago Muñoz Machado. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid 1988, página 415.

¹⁶⁷ MORELL OCAÑA, L.: "El régimen Local español". Tomo I. Editorial Civitas. Madrid 1988, página 175.

¹⁶⁸ L. PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ: "Manual de Derecho Administrativo". 4ª edición. Editorial Ariel. Barcelona 1996.

independiente será tanto más libre cuanto más limitado sea el alcance de la norma.

En cuanto al segundo de los problemas enunciados, la intensidad en la vinculación a las leyes de los reglamentos locales, las posturas doctrinales vienen claramente condicionadas por la postura defendida en cuanto a la exigencia o no de habilitación previa. Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto en Sentencia de 19 de diciembre de 1985 (179/1985, BOE del 15 de enero de 1986), y defiende la inconstitucionalidad de la Ley que analiza en ese supuesto concreto, la Ley 24/1983 de 21 de diciembre, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las Haciendas Locales por la remisión que realiza la misma en favor de los Ayuntamientos para que sean estos los que fijen el tipo de gravamen a aplicar en los recargos sobre tributos estatales, sin que se contenga en la citada Ley ningún criterio previo que los Ayuntamientos deban respetar. Afirma el Tribunal Constitucional en doctrina que se puede considerar general en la materia que la reserva de Ley cumple una función determinante, en el sentido de que se impone al servicio de otros principios relevantes del ordenamiento, como son la unidad del mismo y la igualdad básica de la posición de los contribuyentes en este caso concreto y de los ciudadanos en general. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional, en doctrina que es reiterativa, prohíbe las remisiones en blanco en las materias reservadas a la Ley y ello es aplicable al ámbito local igualmente, por lo que las entidades locales deben respetar las reservas específicas de Ley que se hallen previstas en el ordenamiento a la hora de ejercitar sus potestades normativas, sin que la Ley que cubre la materia reservadas pueda remitirles aspectos básicos en la regulación de la materia.

García de Enterría y T. R. Fernández opinan que rigen en este contexto las mismas reglas y relaciones entre la Ley y el Reglamento que rigen en cualesquiera otra clase de reglamentos.¹⁶⁹

Embid Irujo pone de relieve que es inconstitucional, para él, que una Ley reservase a la potestad reglamentaria municipal una serie de poderes que excedan del mismo espíritu y letra del marco constitucional.¹⁷⁰

Parejo Alfonso y Baño León, por su parte, critican esta doctrina del Tribunal Constitucional y apelan al argumento de la mayor democracia que ostentan los órganos de las Corporaciones Locales para justificar un poder

¹⁶⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...op.*, cit., página 288 a 290

¹⁷⁰ EMBID IRUJO, A.: "Ordenanzas y Reglamentos..." *op.*, cit., página 414 y ss.

reglamentario independiente de estos entes en los ámbitos propios para la gestión de sus intereses directos.

Nosotros pensamos que tan sólo el Reglamento orgánico de las entidades locales podría obtener la consideración de Reglamento independiente, puesto que sus posibilidades de actuación son mucho mayores y el ámbito que regula es un ámbito de intereses genuinamente propio que se encuentra en el núcleo de la autonomía municipal. Sin embargo, no pensamos que en puridad lo sea, ya que trae formalmente causa de una Ley. Además, a fortiori, la propia LBRL impone cuáles son los órganos necesarios que deben existir en todas las entidades locales, siendo los restantes de carácter dispositivo, por lo que no se puede decir que la remisión que la LBRL efectúa sea absolutamente en blanco, porque, además, según la doctrina del Tribunal Constitucional no podría hacerlo, sino que se condiciona en cierta medida el ejercicio de la aprobación del mismo por los contenidos que debe respetar. Se produce en este terreno una cesión del principio de autonomía local en favor de una regulación unitaria mínima en todo el territorio nacional y en prevención de una atomización del ordenamiento, tratando de evitar más de 8.000 regulaciones organizativas diferentes. De todos modos, es evidente que las entidades locales tienen un mayor reducto de autonomía, reconocido constitucionalmente, que otras entidades públicas, y que en el ámbito de las materias de competencia propia y de los reglamentos de organización la remisión de las leyes es, por lógica y respeto a esa autonomía constitucionalmente consagrada, mayor, lo cual no debe propiciar, como apuntamos, una atomización del ordenamiento, sino que con respeto a esa autonomía, deben ser impuestos unos contenidos organizativos mínimos. Y esos mínimos deben ser impuestos por el Estado que es el que tiene otorgada la competencia básica en la materia por el artículo 149.1.18 de la Constitución por ser el garante último de la unidad del ordenamiento y el que en mayor medida representa el interés general y el que debe velar por el mismo y por la homogeneidad de las condiciones de vida en todo el territorio nacional, tal y como se prevé en el artículo 139 y en el 149.1.1 de la Constitución.

Por consiguiente, pensamos que son aplicables al ámbito de las potestades normativas locales las mismas reglas que rigen en las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el resto del espectro normativo.

3.2. El concepto de Administración pública. La crisis de la concepción tradicional. Quiebra del concepto tradicional de Administración pública

La crisis del concepto subjetivo, tradicional de definición de Administración pública y un intento de vuelta al criterio objetivo como forma de englobar dentro del concepto de Administración pública a una pluralidad de entes de nueva aparición que de otra manera, utilizando el criterio subjetivo no podrían quedar encuadrados dentro del marco de las administraciones públicas es un hecho de indudable relevancia en el derecho público de nuestros días, con una trascendencia notable para el estudio que se pretende abordar.

Hasta fechas recientes el monopolio de la presencia pública en relaciones jurídico públicas en el ámbito interno era ostentado casi totalmente por la Administración del Estado, entendiendo por tal el conjunto de órganos de tal nombre ubicados dentro del poder ejecutivo. No obstante, después de la Constitución han aparecido una serie de poderes desvinculados del ejecutivo que con carácter más o menos instrumental realizan actuaciones materialmente ejecutivas o administrativas en el ámbito interno.

Entre estos órganos podemos citar a las Cortes Generales, al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, al Defensor del Pueblo ó al Consejo General del Poder Judicial. Una parte de estos órganos han sido creados ex novo por la Constitución, mientras otros, como el Poder Judicial o el Tribunal de Cuentas, se hallaban con anterioridad integrados administrativamente en la Administración del poder ejecutivo a través de los Ministerios de Justicia, en el primer caso, y de Hacienda en el segundo.

Algunos de estos órganos tienen atribuida incluso, como vimos en su momento, potestad reglamentaria. Pues bien, el problema que se suscita dogmáticamente es la explicación que debe darse a la asunción por parte de ese tipo de entidades de potestades administrativas que hasta hace bien poco tan sólo eran ostentadas por las Administraciones territoriales.

El dato clave es el hecho de admitir que toda la actividad materialmente administrativa que emana de este tipo de entes quede sometida al Derecho administrativo y, por tanto, sean consideradas como Administración pública.

Esto no puede hacerse desde el concepto subjetivo de Administración pública porque dicho concepto concibe la Administración como un complejo orgánico dentro del poder ejecutivo que realiza actos ejecutivos, legislativos y judiciales, teniendo todos ellos en común su relación con un conjunto de

normas especiales, que constituyen el Derecho administrativo. El Derecho administrativo se convierte así para la concepción subjetiva en la piedra angular para la concepción de la Administración.

Sin embargo, los entes anteriormente citados no se encuadran dentro del poder ejecutivo. Por este motivo no podrían ser considerados como Administración pública y, por supuesto, su actividad no quedaría sujeta al Derecho administrativo. No obstante, es preciso sujetar esa actividad a algún sector del ordenamiento si se quiere ser fiel a los mandatos constitucionales, concretamente al artículo 9.1 que dice que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Según la doctrina expuesta, la concepción subjetiva de la Administración, la actividad de entidades como el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial o la de las propias Cortes Generales debería quedar sujeta al Derecho privado, por no formar parte estos entes del poder ejecutivo. Sin embargo, en la actualidad, la doctrina comienza a plantearse la incongruencia de que las relaciones jurídicas de los órganos públicos deban considerarse sometidas al Derecho privado.

Frente a las tesis que sostienen la aplicación del Derecho privado, hay que decir que el Derecho administrativo, como ordenamiento exorbitante del Derecho común, existe en la medida que trata de garantizar el cumplimiento de las funciones públicas, el servicio al interés general. Por ello, parece enteramente justificado y necesario que se extienda a estos entes, si no todo por no representar el interés general en el mismo grado en el que lo hacen las Administraciones territoriales, al menos parte de los privilegios y limitaciones del régimen jurídico especial que hoy constituye el Derecho administrativo.

Este punto de vista parece ser corroborado y confirmado por la sucesiva regulación de las relaciones jurídicas de este tipo de entes, las cuales se llevan a cabo por normas que, incuestionablemente, son de Derecho público y, en consecuencia, atribuyen a los mismos privilegios y limitaciones de *régimen típicamente público*.

En definitiva, si admitimos que las actuaciones de estos órganos son materialmente administrativas, si está más que confirmado que este tipo de órganos son públicos, si las normas que los regulan están confirmando que quedan sometidos a un régimen de Derecho público, quedando su actuación incluso sometida al control por la jurisdicción contenciosa, existen elementos suficientes para predicar la extensión del Derecho administrativo

a la regulación de dichas actuaciones, negándose de esta forma la concepción subjetiva de Administración y admitiéndose la concepción objetiva que define la Administración como una actividad y trata de delimitar la misma dentro de las funciones del Estado, es decir, se consideraría como Administración cualquier actividad materialmente administrativa de los poderes públicos, incluidos aquellos distintos del ejecutivo, ya que todos ellos estarían sometidos al Derecho administrativo.

En todo caso, es necesario admitir que la aparición de estos nuevos tipos de entidades públicas ha supuesto una quiebra de los tradicionales conceptos de Administración pública y de acto administrativo.

Garrido Falla, el máximo exponente de la concepción subjetiva como manera de definir la Administración pública, ante la insuficiencia de esa teoría para explicar el fenómeno de la conceptualización y sujeción jurídica de estos entes de nuevo cuño, ha acudido últimamente al concepto de Estado como fórmula de integrar su actividad dentro del Derecho administrativo, sin que, por el momento se haya asentado en nuestra doctrina la citada referencia.

3.3. Los órganos constitucionales tienen reconocida una potestad reglamentaria ad intra para el ejercicio de sus funciones constitucionales

Hay que entender que el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional tienen atribuida competencias reglamentarias para el buen desempeño de las funciones que la Constitución les encomienda. El fundamento de esta potestad, que no es evidentemente de la misma calidad que la que poseen las entidades territoriales, se encuentra en el hecho de su carácter de órganos constitucionales y de la independencia con la que deben ejercer sus competencias, frente a las posibles injerencias por parte de otros poderes del Estado, fundamentalmente el Gobierno.¹⁷¹

La autonomía normativa conferida a los órganos constitucionales no es nunca un fin en sí mismo, sino un instrumento destinado a proveer la satisfacción de los fines institucionales que tienen encomendados por el

¹⁷¹ Véase J. M. PORRAS RAMÍREZ: "Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial". Revista de Estudios Políticos (87), 1995, concretamente la página 243 in fine, donde se recoge esta idea acerca de la necesidad de otorgar un cierto grado de independencia en el funcionamiento cotidiano de estos entes y lo perjudicial que sería la posible injerencia de otros poderes del Estado en la actuación de los mismos. Sin embargo, obsérvese como la injerencia se produce desde el mismo momento en el que el nombramiento de los miembros de esos organismos los efectúa el Gobierno.

ordenamiento jurídico. En consecuencia...el ámbito en el que se desarrolla la misma es, por definición, siempre limitado, vinculándose estrechamente a las necesidades tanto estructurales u organizativas como funcionales que tienen los mismos...”¹⁷²

Por lo tanto, la potestad reglamentaria reconocida a los mismos se incardina dentro de la regulación de la organización y funcionamiento internos del órgano constitucional, careciendo de efectos externos. Tiene que ser considerada como una potestad reglamentaria ad intra, condicionada, regulada y delimitada por la Ley Orgánica habilitante en la que se reducen considerablemente las potestades discrecionales del titular.

Sin embargo, y por lo que hace referencia al Consejo General del Poder Judicial, una reforma de su Ley Orgánica, producida por la LO 16/1994 de 8 de noviembre, otorga potestad reglamentaria con efectos para terceros a este órgano constitucional, a pesar de las dificultades dogmáticas para que eso sea así. Dicha potestad está referida a las personas que entran en contacto con la citada institución, alegando el “...deseo de preservar la independencia judicial externa del modo más completo posible, colocándola a salvo de posibles injerencias del Gobierno...”¹⁷³ y garantizando de esta manera el respeto del principio de separación de poderes. Se acude también a la hora de justificar esa atribución de potestad reglamentaria ad extra al CGPJ a la legitimidad democrática de dicho órgano por la fórmula de elección parlamentaria de sus miembros.

Los píos deseos de esta reforma han quedado claramente aparcados en el momento en que han llegado a las altas Magistraturas del Estado casos de importante relevancia política, produciéndose en los años en que está en vigor esta reforma las mayores injerencias políticas en la judicatura que se recuerdan en este país desde el advenimiento de la democracia.

De cualquier modo, es necesario poner de manifiesto que la potestad reglamentaria que se le otorga al Consejo General del Poder Judicial por esta reforma debe estar supeditada a la Ley Orgánica del Poder Judicial y los reglamentos que se dicten en desarrollo de la misma deberán ser reglamentos ejecutivos, necesitados de habilitación legal para establecer deberes u obligaciones a los sujetos pasivos de los mismos, especificándose por el nuevo artículo 110 de la LOPJ las materias sobre las que pueden dictarse este tipo de reglamentos, por lo que el citado precepto actúa de límite a dicha potestad, con lo cual los reglamentos que el CGPJ dicte deben

¹⁷² PORRAS RAMÍREZ, J. M.: “Fundamento, naturaleza...” op., cit., página 249.

¹⁷³ *Ibidem.*, pág. 252.

ejecutar fielmente lo previsto en dicha Ley y no pueden, en principio, ser considerados como reglamentos independientes.

El trasfondo de la aludida reforma se encuentra en las continuas reivindicaciones que el “lobby” judicial mantiene en torno a dotarse de un ámbito propio de autogobierno y el progresivo traspaso de competencias que se produce del Ministerio de Justicia hacia el Consejo, por lo que hay que dotar a este de mayores competencias y potestades para que asuma y cumpla razonablemente con la carga que se le impone.

En cualquier caso, no puede dejar de suscitarlos fundados recelos el otorgamiento de una potestad reglamentaria con capacidad de producir efectos externos, si bien que limitados, a un órgano de estas características, sin potestades gubernativas, sin que su finalidad sea estrictamente la defensa del interés general y sin que tenga, a pesar de los empeños, una legitimidad democrática suficiente para ser investido de las mismas potestades que ostentan las entidades territoriales. Además, es evidente la ausencia de control parlamentario que sufren este tipo de normas y el déficit democrático añadido derivado de la imposibilidad de dar entrada en la medida de lo posible a la participación ciudadana en la elaboración de este tipo de normas.

3.4. Los entes instrumentales sólo tienen atribuida potestad reglamentaria si así lo prevé una Ley

Si es comúnmente aceptada la potestad reglamentaria de las entidades territoriales, más dudas existen en torno al otorgamiento de este tipo de potestades en favor de la llamada Administración institucional. La doctrina parece aceptar mayoritariamente que este tipo de entes tienen reconocida en el momento de su creación una potestad estatutaria, que se concreta en la posibilidad de dictar dos tipos de normas: a) sus propios estatutos, en los que se regulan las normas de organización y funcionamiento de los mismos en los términos en que no haya sido prevista por las normas de las entidades territoriales que las crean y siempre que se obtenga la homologación definitiva por la entidad territorial que las crea y b) los reglamentos de régimen interno para regular las relaciones de estos entes con sus funcionarios o personas relacionadas con ellas por algún título jurídico, siempre que se respete el derecho de la entidad territorial que las crea. Si, como digo, se acepta la capacidad estatutaria que tienen estos entes instrumentales, no parece que la doctrina sea muy proclive, en buena lógica jurídica, a reconocerles una potestad reglamentaria del mismo calibre e intensidad que la que se les atribuye a los entes territoriales. Para que dicha

potestad reglamentaria sea una realidad jurídica es preciso que la atribución en favor de este tipo de entes esté consagrada en una norma con rango de Ley. Esto es lógico si se piensa que este tipo de entes ni tienen atribuidas potestades gubernativas, que era el rasgo característico que, siguiendo a Santamaría Pastor, predicábamos de la potestad reglamentaria, ni siquiera tienen atribuida la defensa general del interés público, sino que son creados para satisfacer de un modo más efectivo una necesidad concreta de la entidad territorial que las crea, quedando bajo la tutela de la entidad creadora, la cual puede ejercer potestades de control notables sobre la misma en orden al mejor servicio de los intereses para los que fue creada, por lo que hay que concluir que este tipo de entes institucionales no tienen potestad reglamentaria a no ser que les sea otorgada por una Ley.

3.5.Los Colegios Profesionales

El artículo 36 de la Constitución establece una específica reserva de Ley en materia de Colegios Profesionales. Concretamente, en el referido precepto constitucional se dispone lo siguiente: “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.”

El desarrollo legal de esa reserva material de Ley contenida en la Constitución la satisface, todavía hoy, una norma preconstitucional como es la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, de 13 de febrero de 1974 (LCP, en adelante). Esta Ley, dictada en los últimos años del franquismo como modo de acallar las cada vez mayores reivindicaciones profesionales y sindicales, es considerada por la inmensa mayoría de la doctrina como insuficiente para regular el marco legal actual de desenvolvimiento de la Administración Colegial, pero es lo cierto que todavía es ella la que rige en la materia, junto a las normas autonómicas que en materia de Colegios se han dictado, y la que da cobertura en el ámbito estatal a la reserva de Ley prevista en el artículo 36 de la Constitución.

A la hora de analizar las capacidades normativas de los Colegios es necesario poner la vista en el artículo 6 de la LCP, que establece que “los Colegios Profesionales, sin perjuicio de las Leyes que regulen la profesión de que se trate, se rigen por sus Estatutos y por los Reglamentos de Régimen interior.” Por consiguiente, la LCP es la norma que contiene la habilitación legal expresa en favor de los Colegios para que estos puedan dictar normas (Estatutos y Reglamentos de Régimen interior). Pero además de estos dos tipos de normas, los Colegios Profesionales dictan

habitualmente otro tipo de normas de carácter colegial general en base a las competencias que el artículo 5 de la LCP les reconoce.

En definitiva, la LCP otorga la posibilidad a los Colegios Profesionales de dictar normas que, por su carácter de generalidad, deben ser calificadas como normas reglamentarias. El problema serio con el que se encuentran los autores que tratan esta capacidad normativa colegial es la calificación material de este tipo de normas, pues desde el punto de vista formal, todo el mundo coincide en otorgarles la categoría de reglamentos. Es decir, el problema esencial en este ámbito es establecer la vinculación que este tipo de reglamentos tienen con la Ley. ¿Se debe entender que hay que aplicar las mismas relaciones que rigen en las relaciones entre la Ley y el Reglamento estatal o, por el contrario, rigen unas relaciones diferentes debido a la autonomía de la que supuestamente gozan los Colegios Profesionales? Más sencillo. ¿Son reglamentos ejecutivos o son reglamentos independientes?

Creo al respecto que debemos partir, una vez más, de la Constitución y ver cuál es el entendimiento que la misma tiene de la institución colegial y cuál es también el grado de autonomía que les reserva. Si así lo hacemos, nos daremos cuenta de que la Constitución, en su artículo 36, ninguna autonomía reconoce a los Colegios Profesionales. El artículo 36 se limita a la remisión a la Ley del régimen jurídico de los Colegios Profesionales. Será, por tanto, la Ley la que se pronuncie acerca de la mayor o menor autonomía que hay que otorgar a los Colegios. Lo único que se le impone a esa Ley y, por consiguiente, lo único que les garantiza la Constitución es que su funcionamiento y su estructura interna deberán ser democráticos.¹⁷⁴ La Constitución deja en manos de la Ley las diferentes opciones de regulación del régimen jurídico de los Colegios, por lo que la norma legal tiene constitucionalmente reconocida una amplia libertad de opción a la hora de la regulación del ámbito colegial.

¿Qué opción se acoge en la LCP? Del articulado de la LCP tampoco es que se pueda decir que la autonomía colegial es casi absoluta, ni siquiera amplia.

¹⁷⁴ Esta postura es la defendida por F. SÁINZ MORENO en su comentario al artículo 36 de la Constitución, en el libro colectivo "Comentarios a las leyes Políticas. Constitución de 1978" dirigido por Oscar Alzaga Villaamil y reeditado por Edersa en 1997.

También es esta la línea jurisprudencial seguida por nuestro Tribunal Constitucional cuando ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la materia. Véase por todas la STC 89/1989, en la que el Tribunal Constitucional deja bien sentada una línea doctrinal de opinión que se inclina por pensar que el artículo 36 de la Constitución en nada prejuzga la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales y que el citado precepto no supone ninguna garantía determinada a priori de la organización y estructura colegial.

Pensemos y retrotraigámonos al momento en el que se promulga la LCP, 1974. La autonomía de los Colegios es un hecho indudable. La LCP se promulga precisamente como manera de contentar a aquellos sectores profesionales que reivindicaban mayores cotas de autonomía y como alternativa a la canalización de esas reivindicaciones por la vía sindical. Pero tampoco pensemos que en aquella época se quería dar una total y plena libertad a los Colegios. En realidad, no se estaba dispuesto a llegar muy lejos en esa autonomía. Como muestra de ello hay están plasmados en la Ley los mecanismos de tutela que se reconocen en favor del Estado en cuanto a la aprobación definitiva de la norma fundamental en materia de Colegios, los Estatutos Generales, que se deja en manos del Estado. La concepción que se tenía de los mismos en el momento de aprobación de la citada norma era que son unos entes tutelados con cierta autonomía funcional encaminada a la consecución de unos objetivos determinados y sectoriales.

Nosotros pensamos, en contra de otras opiniones,¹⁷⁵ que las normas emanadas de los Colegios Profesionales no son normas reglamentarias independientes. No hablaremos de reglamentos autónomos, porque pensamos que los reglamentos autónomos son otra cosa. Son aquellos que tienen garantizado constitucionalmente la regulación de una materia, tal y como ocurre en la Constitución francesa de 1958, e incluso allí se duda de su existencia, como vimos. En España, los reglamentos autónomos no son posibles, es más, son incompatibles con la fórmula de relaciones entre la Ley y el Reglamento que se establece en nuestra norma constitucional, donde se opta por la superioridad de la Ley sobre todo el ordenamiento. En España, sólo son posibles en la actualidad reglamentos independientes de la Ley. Con estas afirmaciones, damos por sentado, en congruencia con las mismas, que las relaciones que rigen en este ámbito son las generales que se dan en el resto del ordenamiento entre la Ley y el Reglamento.

¿Por qué pensamos que las normas colegiales no son independientes? Pues lo pensamos por razones de forma y por razones de fondo. Por razones de forma porque tanto el procedimiento que habitualmente se utiliza para la

¹⁷⁵ Véase el reciente libro de LUIS CALVO SÁNCHEZ: "Régimen jurídico de los Colegios Profesionales". Prólogo de L. Martín-Retortillo Baquer. Editorial Civitas. Madrid 1998. La sistema normativo colegial es analizado en el Capítulo tercero de la parte segunda de este excelente trabajo, páginas 223 y siguientes, donde se califica a los Estatutos Generales de los Colegios como "norma autónoma corporativa que disciplina la organización, estructura y funcionamiento del Colegio Profesional y el status de sus miembros", página 237. El citado autor coincide con la Doctrina del Consejo de Estado (Dictamen de 28 de septiembre de 1978) en calificar la aprobación definitiva de los Estatutos Generales por el Estado como un acto administrativo de control de legalidad y no como un reglamento estatal propiamente dicho.

elaboración de los Estatutos Generales de los Colegios como la aprobación definitiva de los mismos les hace equiparables a los reglamentos estatales.

En efecto, el procedimiento de elaboración que se utiliza es el propio de las normas de carácter general, previsto anteriormente en la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, artículos 129 y siguientes, y ahora en la nueva Ley del Gobierno, artículo 24. Por lo que hace referencia a la aprobación definitiva de los Estatutos Generales, la misma es competencia del Estado a través del Ministerio competente. Dicha aprobación se efectúa mediante la fórmula del Real Decreto. Desde nuestro modesto punto de vista, es dudoso jurídicamente que un Real Decreto pueda ser calificado como acto y no como Reglamento. El Consejo de Estado, que así lo califica en alguno de sus Dictámenes, lo hace diciendo que el único objetivo de esa aprobación definitiva es la fiscalización de la legalidad del Estatuto. Pues precisamente por eso la aprobación se hace mediante un Reglamento estatal, porque es el Estado el que tiene reconocida la capacidad de fiscalizar la legalidad de ese Estatuto en base a que la autonomía predicada en favor de los Colegios no es plena sino que están sometidos a la tutela última del Estado, como poseedor originario de la potestad reglamentaria y fiscalizador de la que ha delegado en los Colegios.

Desde el punto de vista del fondo, esgrimiremos el siguiente razonamiento para entender que las normas reglamentarias dictadas por los Colegios Profesionales no poseen el carácter de reglamentos independientes.

Comenzaremos de nuevo por el texto constitucional, el cual, no lo olvidemos, establece una específica reserva de Ley en materia de Colegios Profesionales a la hora de la regulación del régimen jurídico de los mismos.

¿Hay que entender comprendida la capacidad normativa de los Colegios Profesionales dentro del régimen jurídico de los mismos? Para nosotros es obvio que sí. De cualquier modo, esa capacidad normativa colegial es regulada de hecho por la Ley que cubre la específica reserva contenida en la Constitución, la LCP.

Desde el punto de vista del fondo, la LCP no efectúa una remisión en blanco en favor de los Estatutos Generales, sino que les marca algunos de los contenidos que los mismos deben regular.¹⁷⁶ Así, el artículo 6.3 de la LCP establece los contenidos mínimos que deben observar los citados Estatutos.

¹⁷⁶ En este sentido, el propio L. CALVO SÁNCHEZ reconoce que en todo Estatuto General existen contenidos necesarios u obligatorios y otros contenidos eventuales y lo subraya en la página 231.

Por tanto, ni el procedimiento de elaboración de los Estatutos Generales ni el contenido de los mismos se deja a la absoluta discreción de los Colegios, por lo que los mismos no pueden ser considerados como normas independientes de la Ley o normas autónomas. Lo que sí ocurre en este terreno es que las remisiones de la LCP en favor de los Estatutos Generales son mayores que lo que suele ser normal. Los Estatutos Generales poseen un mayor margen de innovación normativa. En cuanto a los Estatutos particulares que deben ser aprobados por los Colegios en su respectivo ámbito territorial, los mismos se limitan a reproducir a menor escala lo establecido en los Generales, a los que quedan supeditados. El valor y la calificación jurídica que los mismos nos merecen es idéntica a la de los Estatutos Generales. Y, por último, por lo que se refiere a las normas que en desarrollo de las competencias atribuidas en favor de los Colegios señala la LCP en su artículo 5, pensamos que los mismos pueden encontrar un mejor acomodo legal en el desarrollo de las previsiones contenidas en los Estatutos Generales en orden al reconocimiento de competencias propias que los mismos efectúan en base a los contenidos necesarios que el artículo 6.3 de la LCP les impone, por lo que encuentran formalmente una cobertura tanto en la LCP como en los Estatutos Generales. En cuanto al fondo, puede parecer que el contenido de los mismos es totalmente independiente. Pero, yo me pregunto, ¿qué margen de independencia les queda a unas normas que deben respetar las específicas reservas materiales y formales de Ley en las materias que tratan, la LCP, el resto de normas legales que regulen la profesión y los Estatutos Generales?

Debemos calificar los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales como las normas estatales, elaboradas por los propios Colegios Profesionales en base a la autonomía que la Ley les reconoce, y que regulan la organización, estructura y funcionamiento del Colegio Profesional. Y desde el punto de las relaciones, de su vinculación con la Ley, los Estatutos Generales deben ser calificados como reglamentos ejecutivos de la LCP, que les habilita formalmente para establecer y desarrollar, dentro de un margen de autonomía mayor de lo habitual, los contenidos esenciales de la organización, estructura y funcionamiento de los Colegios.

No debemos olvidar tampoco un importante argumento adicional en favor de la calificación normativa que de los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales se acaba de efectuar. Y es que el Tribunal Constitucional, Sentencia 20/1988, ha reconocido que los Colegios Profesionales son Administración Pública, siguiendo la línea jurisprudencial marcada por el Alto Tribunal en el sentido de publicar estas instituciones cuando entran en juego cuestiones competenciales. La consecuencia de considerar a los

Colegios Profesionales como Administración Pública es que el título competencial en favor del Estado previsto en el artículo 149.1.18 de la Constitución permite que éste fije las bases en la materia y no se produzca así una diversidad de regulaciones, por lo que la Ley estatal que regule la materia debe observar una serie de contenidos mínimos, con lo que la autonomía colegial se ve resentida en aras a una mayor coordinación en la regulación de los distintos Colegios referidos a una misma profesión. En favor de esa homogeneidad en la regulación puede citarse el artículo 139 de la Constitución, homogeneidad que no debe ser considerada como unidad de regulación, sino que deben respetarse las peculiaridades de todos los Colegios, las cuales deberán ser desarrolladas y enfatizadas en las normas colegiales de desarrollo, es decir, los Estatutos Generales y demás normas de desarrollo.

Es perfectamente lícito que se pretenda defender la mayor autonomía de los Colegios Profesionales. Lo que ocurre es que la misma tiene difícil defensa en el marco de la regulación actual. Para otorgar un mayor protagonismo a la autonomía de los Colegios Profesionales no es suficiente con calificar sus Estatutos Generales como normas autónomas. Lo que habría que hacer para favorecer esa autonomía, si se considera que no es suficiente, es propugnar el la derogación o modificación de la LCP y optar por una nueva regulación que, en base a esa libertad de opción que la Constitución reconoce a la Ley que regule la materia, opte por ampliar los márgenes de autonomía de los Colegios. De todos modos, se nos antoja complicado que eso pueda ser así, debido a la reserva de Ley que impera en la materia y a la consideración de los mismos como Administración Pública y a la necesidad de que existan unos mínimos comunes denominadores aplicables a todas las estructuras colegiales. Lo que es cierto es que esta materia está necesitada de una nueva regulación.

3.6. Las Universidades Públicas

El artículo 27.10 de la Constitución establece lo siguiente: “se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la Ley establezca.”

Como vemos, la Constitución efectúa una reserva de Ley en materia universitaria, remitiendo a la norma legal la regulación y la concreción de los términos en los que deba quedar reconocida esa autonomía.

En cumplimiento de esa reserva de Ley contenida en el 27.10, se procedió a promulgar la Ley de Reforma Universitaria (LRU, en adelante).

Los problemas que se plantean en este ámbito universitario son parecidos a los que hemos examinado en el apartado anterior cuando analizábamos la calidad atribuible a la potestad normativa de la que están investidos los Colegios Profesionales. Surgen dudas también aquí acerca de la naturaleza jurídica y la calificación que hay que otorgar a las normas que emanan las Universidades en base a esa autonomía constitucionalmente invocada en el artículo 27.10. ¿Son esas normas dictadas por las universidades independientes o ejecutivas de las leyes?

Como hemos hecho anteriormente al abordar la cuestión respecto de los Colegios Profesionales, partiremos de la propia Constitución y, concretamente, del precepto básico en la materia, el ya aludido 27.10, para ver que interpretación ha de darse al mismo.

Algunos autores opinan que, en base al contenido de ese precepto constitucional, en este ámbito no operan las mismas reglas de relación entre la Ley y el Reglamento que rigen en el resto del ordenamiento jurídico, por ser éste un terreno autónomo en el que las normas dictadas por las Universidades tienen una gran libertad de actuación, no limitándose a desarrollar lo previsto en la LRU. Así, Pemán Gavín, en expresión informal que refleja de una manera fiel el sentir de parte de la doctrina, afirma lo siguiente: “acaso no resulte improcedente recordar...que los Estatutos de las Universidades no se configuran como reglamentos ejecutivos de la LRU, esto es, como reglamentos que deben circunscribirse al mero desarrollo o ejecución de la misma, aunque tengan en ella su norma habilitante.”¹⁷⁷

Si esa es la opinión de parte de la doctrina, la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional han abonado en cierta medida ese pensamiento. El citado autor se hace eco de una importante Sentencia del Tribunal Constitucional en la materia, Sentencia 55/1989 de 23 de febrero, para sostener ese argumento, ya que en el fundamento jurídico 5º de la citada Sentencia se califica a los Estatutos de las Universidades como reglamentos autónomos, que tienen en la LRU tan sólo un límite externo negativo.¹⁷⁸

Nosotros defenderemos que no es posible calificar los Estatutos de las Universidades ni el resto de normas universitarias como reglamentos autónomos, por supuesto que no (recuérdese lo que se dijo supra al respecto), y tampoco como reglamentos independientes, sino que hay que

¹⁷⁷ PEMÁN GAVÍN, J.: “El régimen jurídico de los Departamentos universitarios. Acotaciones de la jurisprudencia.” RAP (142), 1997, página 259, en nota a pie de página.

¹⁷⁸ Ibidem...

considerar a los mismos como reglamentos ejecutivos de la LRU, eso sí con unas posibilidades innovativas en la materia mayores por la autonomía que, para autoorganizarse y gestionar el servicio público que se les encomienda, reconoce la Constitución en su favor.

¿Cómo hay que interpretar el artículo 27.10 de la Constitución?. ¿Qué grado de autonomía se está concediendo en dicho precepto a las Universidades?.

La propia dicción literal del precepto nos parece enormemente significativa; recordémoslo: “se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.” Nos parece fundamental la pausa que introduce la coma que se contiene al final de la frase. Efectivamente, se reconoce autonomía a las Universidades, pero, cuidado, dentro del respeto a la Ley específica que desarrolle el marco normativo de las mismas y al resto de leyes del ordenamiento. Se establece una reserva de Ley en esta materia, que además se refuerza por incidir en un derecho fundamental como es el derecho a la educación. Por consiguiente, no es suficiente una mera cobertura formal por la Ley que se traduzca en remisiones en blanco en favor de las normas reglamentarias que dicten las Universidades. Eso no es posible en una materia reservada a la Ley, en una materia en la que además la reserva de Ley es más intensa al exigirse por el artículo 53.1 de la Constitución que el contenido esencial de un derecho fundamental se regule por una norma con rango de Ley. ¿Y cómo es la LRU?. ¿Es una norma que se limita a cumplir formalmente con la reserva prevista en el artículo 27.10 de la Constitución o va más allá?. Desde nuestra opinión es evidente que va más allá, con lo cual estamos totalmente de acuerdo. La LRU no es una norma en blanco, vacía de contenido, sino que impone unos contenidos y unos mandatos a los Estatutos universitarios y al resto de normas universitarias, y que, además, prevé la posibilidad en su polémico artículo 8.4 y con base en otros títulos competenciales establecidos en la Constitución de ser desarrollada por reglamentos estatales específicos en algunos puntos concretos relacionados con la materia universitaria. En uso de esta previsión el Estado ha dictado varios Reglamentos que desarrollan la normativa contenida en la LRU. Así, se ha aprobado el RD 2360/1984 de 12 de diciembre sobre Departamentos universitarios, el RD 1888/1984 de 26 de septiembre de Áreas de conocimiento, el RD 185/1985 sobre estudios de tercer ciclo, modificado recientemente por otro RD de 30 de abril de 1998, etc. El propio Tribunal Constitucional ha declarado la compatibilidad de la promulgación por parte del Estado de estos reglamentos con la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada.

Para ello, el Alto Tribunal, en su Sentencia 26/1987 de 27 de febrero que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LRU, declaraba, entre otras cuestiones que se plantearon en ese recurso, la compatibilidad de las normas estatales básicas de desarrollo de la LRU previstas en el artículo 8.4 en base a la competencia general para la homologación del sistema educativo que el artículo 27.8 reconoce en favor del Estado y en base al título competencial que el Estado tiene reconocido en el artículo 149.1.15 para la coordinación general de la investigación científica y técnica. En Sentencia más reciente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a declarar la compatibilidad de las normas estatales básicas dictadas en desarrollo del 8.4 de la LRU. Ha sido en la Sentencia 156/1994 de 23 de mayo, dictada con motivo de la impugnación del RD 2360/1984 de Departamentos universitarios en el que se impugnaba concretamente el número mínimo de profesores exigido por el citado Decreto, y lo ha hecho en base a tres argumentos, expuestos en el fundamento jurídico 3º: a) El Departamento es una estructura básica de las Universidades y quien tiene la responsabilidad última del servicio público universitario, entendido como sistema nacional, no puede ser impedido a poner límites; b) El citado Real Decreto deja, dentro de los límites que impone, amplía autonomía a las Universidades para que lo desarrollen y concreten sus propias especialidades; c) Los límites impuestos por el Gobierno están justificados en el objetivo de no multiplicar las estructuras internas universitarias.

Parece ser que el Tribunal Constitucional no otorga tanta autonomía a las Universidades como de otros pronunciamientos pudiera desprenderse.

Tampoco es que parezca existir una línea jurisprudencial clara del Constitucional en materia de autonomía universitaria. Abundan en su repertorio jurisprudencial las Sentencias interpretativas y las resoluciones casuísticas, ponderando en cada caso los intereses en juego. Así, recientemente, en Sentencia 75/1997 de 21 de abril declara que la decisión de la Universidad de Alicante de regular en su Estatuto que la lengua valenciana es “académicamente catalán” es ajustada a derecho y no rebasa el ámbito de la autonomía universitaria, anulando una resolución de la Consellería de Educación de la Generalitat Valenciana que anulaba a su vez el citado Estatuto.

Pero, volviendo a la calificación de las normas emanadas de las universidades, que es el tema central que nos ocupa, el Tribunal Constitucional, como se apuntó anteriormente, parece aceptar la doctrina expresada en este punto por el Consejo de Estado en cuanto a considerar a los Estatutos como reglamentos autónomos. Sentimos discrepar

profundamente de tal calificación jurídica. No podemos, en coherencia con nuestra visión de las cosas calificar a dichas normas como reglamentos autónomos porque los reglamentos autónomos son aquellos que tienen constitucionalmente garantizada la regulación *prima facie* de una materia. En España no son posibles los reglamentos independientes en la actualidad, porque nuestra Constitución no los contempla. Es más, del iter seguido para la aprobación de la Constitución se ve que los desecha. Como mucho, cabría calificar a las citadas normas como normas reglamentarias independientes, que son los únicos reglamentos no sometidos a la Ley que pueden existir en el ordenamiento constitucional actualmente vigente en nuestro país. Pero tampoco pensamos que las citadas normas puedan ser calificadas de esa manera, ya que los mismos tienen una clara habilitación en la LRU y, por consiguiente, no participan formalmente de ese carácter de independencia predicable tan sólo de las normas reglamentarias que se dictan sin habilitación legal previa, es decir, sin que tengan engarce alguno con la Ley.

Pero es que si formalmente no pueden ser calificados como independientes, tampoco desde un punto de vista material pueden recibir tal calificación, porque, como veíamos anteriormente, la reserva de Ley contenida en el artículo 27.10 de la Constitución en la materia impone a la Ley que desarrolle la misma unos contenidos mínimos, los cuales se ven reflejados en el articulado de la LRU, la cual, conjuntamente con las normas estatales de desarrollo de la misma, es bastante exhaustiva en muchos aspectos. Sin embargo, deja también la libertad suficiente a las propias Universidades para que puedan, a través de las potestades normativas que tienen reconocidas, regular sus peculiaridades.

Téngase en cuenta la necesidad de que las leyes que regulan materias directamente relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales no pueden contener remisiones en blanco ni hacer dejación de sus funciones en base al artículo 53.1 de la Constitución.

Además es necesario que existan unos criterios mínimos de organización que deban ser expresados en normas estatales en base a las específicas competencias que la Constitución reconoce en favor del Estado en diversos preceptos de la Constitución, tales como el 27.8 o el 149.1.15 antes aludidos o el 149.1.1, que propugna la competencia estatal en cuanto a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, sin que sea conveniente propiciar una multiplicidad de autoregulaciones que produzca un distinto ejercicio de derechos básicos que producen una clara externalidad positiva en la Sociedad.

La autonomía de la que gozan las Universidades no equivale a independencia, sino que dicha autonomía debe estar enmarcada en lo que las leyes digan, por lo que lo que las propias Universidades establezcan en desarrollo de estas leyes son reglamentos ejecutivos, los cuales tienen que tener un margen suficiente de maniobra para conseguir hacer efectiva esa autonomía constitucionalmente garantizada en el artículo 27.10. Las Universidades no tienen una potestad reglamentaria genéricamente atribuida en la Constitución, sino que la autonomía a la que se hace referencia en el citado precepto queda respetada con la posibilidad de dejar margen de desarrollo a las distintas Universidades para que estas establezcan o regulen sus propias necesidades. Es una autonomía de funcionamiento que responde a una descentralización de un servicio que debe ser gestionado por unos entes con capacidad de autoorganizarse y adaptar su regulación a sus necesidades como manera de ser más eficaces en la prestación del servicio.

Sin embargo, la titularidad del servicio no es de las Universidades, sino de los entes territoriales mayores, los cuales tienen en todo caso reservadas facultades de fiscalización que deberán ejercitar en base a criterios de legalidad y no de oportunidad.

Si negamos la mayor, es decir, si consideramos como reglamentos ejecutivos a los Estatutos Generales aprobados por las Universidades, no podemos, en buena lógica, considerar como independientes el resto de normas universitarias, tales como el Reglamento del Claustro o los modernos y novedosos Estatutos de los Estudiantes, por ser normas de aplicación general que encuentran su base en el Estatuto en orden a desarrollar materias concretas que en el mismo se contienen. Estas normas deben respetar el conjunto normativo compuesto por la LRU, sus normas básicas de desarrollo y los propios Estatutos Generales, por lo que su margen de independencia con todos esos límites externos es, cuando menos, exigua.

3.7. La posibilidad de atribuir potestad reglamentaria en favor de las denominadas "Autoridades Administrativas Independientes"

Más problemas plantean las denominadas Autoridades Administrativas Independientes, potenciadas fundamentalmente tras la promulgación de la Constitución de 1978 como forma de neutralizar políticamente determinados sectores de la vida económica o social y sustraerlos así de la lucha política diaria de los partidos, otorgándoles un alto grado de autonomía para el mejor cumplimiento de los fines que se les encomiendan. La aparición de este tipo

de entes ha abierto nuevos e importantes campos de reflexión para la doctrina iuspublicista, siendo uno de los más polémicos el de la consideración o no de las mismas como Administración pública y el consiguiente otorgamiento a los mismos de ciertos poderes reglamentarios en el ejercicio de sus funciones. El fenómeno de las AAI será objeto de estudio en un apartado específico, por lo que, de momento, tan sólo dejamos enunciado el problema.

4. La forma de manifestación externa de la potestad reglamentaria: clases de reglamentos desde un punto de vista formal

Si en otro apartado de este estudio hemos efectuado una clasificación de los reglamentos desde un punto de vista material, intentando poner de relieve la relación que los mismos poseían con respecto a las leyes, ahora debemos recoger una clasificación de los reglamentos desde un punto de vista formal y ver cuáles de esos reglamentos, que emanan de órganos diferentes y tienen, por tanto, una distinta jerarquía y efectos, pueden efectuar una regulación independiente de las materias sobre las que regulan.

4.1. En el ámbito de la Administración General del Estado

La normativa estatal en esta materia venía regulada hasta fechas recientes por la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 23 establecía el orden jerárquico de los reglamentos dictados por los diferentes órganos superiores de la administración Central del Estado con competencias reglamentarias. El orden era el siguiente: 1º Decreto acordado en Consejo de Ministros; 2º Órdenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; 3º Órdenes ministeriales dictadas por los respectivos Ministros y 4º Una categoría de muy dudosa calificación, las disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.

Sin embargo, la aprobación de la nueva Ley del Gobierno, la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, deja sin vigencia la anterior clasificación y establece algunas novedades en la materia.

Así, el artículo 25 de la citada Ley del Gobierno establece, en desarrollo de lo previsto en el artículo 23, que la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas son: a) Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-Leyes, que, como sabemos, tienen el carácter de normas con rango de Ley y, por tanto, no pueden ser incluidas dentro de la clasificación de normas reglamentarias; b) Reales

Decretos del Presidente del Gobierno, figura nueva que parece responder al principio de dirección presidencial que se recoge en la exposición de motivos de la Ley; c) Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros; d) Acuerdos del Consejo de Ministros que no deban adoptar la forma de Real Decreto, por lo que al ser actos concretos no participan de las características predicables de las normas reglamentarias y no deben, por tanto, ser considerados como reglamentos; e) Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno y f) Órdenes Ministeriales.

De esta regulación que se recoge en el artículo 25 de la Ley del Gobierno se puede extraer la siguiente clasificación, actualmente vigente, de las normas reglamentarias.

1º Reales Decretos del Presidente del Gobierno en materias atribuidas a su exclusiva competencia, los cuales son novedosos y no se sabe muy bien todavía cuál deba ser la jerarquía que ocupen en el escalón normativo de los reglamentos, pero que entendemos hay que situarlos en el primer nivel atendiendo a la importancia de las materias sobre las que versarán y a la propia sistemática que sigue la Ley del Gobierno, la cual los sitúa por delante de los Reales Decretos del Consejo de Ministros.

2º Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros, que siguen participando de las mismas características que tenían con anterioridad a la aprobación de esta norma, por lo que se puede decir que en nada han cambiado.

3º Órdenes Ministeriales adoptadas como consecuencia de acuerdos de las Comisiones Delegadas del Gobierno, o de la regulación de materias de la respectiva competencia de los departamentos ministeriales. Dichas normas reglamentarias revestirán la fórmula de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros. Como vemos, los acuerdos de las Comisiones Delegadas del Gobierno se equiparan definitivamente a las Órdenes Ministeriales, con la única diferencia de que si dichos acuerdos afectan a la competencia de varios Ministerios, deberán ser aprobados por Orden Ministerial emanada del Ministro de la Presidencia.

En definitiva, tal y como se contempla en el artículo 23 de la citada norma, quedan reducidas a dos y, por consiguiente simplificados, los tipos de normas reglamentarias que puede dictar el Gobierno: a) los Reales Decretos, ya sean del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros, dependiendo de quien sea el competente en la materia de que se trate, y, b)

las Órdenes Ministeriales, bien de los Ministros del ramo, si la materia afecta a un sólo Ministerio o bien del Ministro de la Presidencia si la materia afecta a distintos Ministerios.

Desaparecen definitivamente esas disposiciones de autoridades y órganos inferiores a las que se refería el antiguo artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por lo que se puede decir que hemos ganado en seguridad jurídica, garantía y calidad normativa. Era ilógico que esas normas pudiesen ser consideradas como reglamentos tras la aprobación de la Constitución de 1978, puesto que los órganos de los que emanaban no tenían atribuida potestad reglamentaria alguna, ni siquiera ad intra. A lo más, tenían atribuidas unas competencias de dirección en base a las cuales dictaban este tipo de disposiciones.

4.2. En el ámbito de las Comunidades Autónomas

La forma de manifestación externa de las normas reglamentarias que dictan las diferentes Comunidades Autónomas existentes en nuestro país calcan, prácticamente de manera mimética, los reglamentos que dicta el Estado, tanto desde el punto de vista orgánico como desde el punto de vista jerárquico, puesto que los órganos autonómicos investidos de capacidad para dictar reglamentos son los que ocupan un lugar parecido en la esfera autonómica a los que la tienen reconocida en el ámbito estatal, es decir, el Consejo de Gobierno en primer lugar, que sería en el ámbito autonómico el equivalente al Gobierno central en el ámbito del Estado y los Consejeros en segundo lugar, los cuales, al igual que sucede en el campo estatal con los Ministros, tienen reconocida potestad reglamentaria para dictar normas en materias propias de sus Consejerías.

Por lo que hace referencia a la jerarquía y denominación de los mismos, es idéntica a la estatal. De esta manera, la forma usual es la siguiente:

1º Reglamentos del Consejo de Gobierno u órgano equivalente, denominados Decretos, que, como es obvio, no pueden anteponer el nombre de “Reales” porque no los firma el Rey, sino el Presidente de la Comunidad.

2º Reglamentos de los Consejeros, que se denominan Órdenes de las Consejerías y que, como apuntábamos anteriormente, sólo pueden estar referidos a ámbitos de materias propias de cada Consejería, al igual que ocurre con las Órdenes ministeriales que dictan los Ministros en el ámbito estatal.

3º Reglamentos dictados por órganos inferiores, que, lo mismo que sucede en el ámbito estatal, reciben una pluralidad de denominaciones, siendo la más habitual la de Resoluciones.

Con la nueva regulación que efectúa en esta materia la recientemente promulgada Ley del Gobierno, la situación que se da en la mayoría de las Comunidades Autónomas se aleja sensiblemente de lo que se establece para el Estado, con lo que probablemente, algunas Comunidades Autónomas aprovecharán próximas reformas legislativas para regular la materia de forma y manera parecida a como queda establecida en la nueva Ley del Gobierno, donde la mayor novedad, como hemos apuntado, es la atribución de una potestad reglamentaria directa y singular en favor del Presidente del Gobierno, que también se denomina Decreto y que en poco o en nada se diferencia de los Decretos acordados en Consejo de Ministros. No obstante, hay que hacer notar que en la mayoría de las Comunidades Autónomas ya existía algún tipo de reconocimiento directo de potestad para dictar normas reglamentarias en favor del Presidente de su órgano colegiado ejecutivo en las distintas Leyes de Gobierno y Administración, por lo que puede decirse que la nueva Ley del Gobierno se inspira en algunas de estas regulaciones a la hora de establecer esa categoría.

Por ejemplo, la Ley Vasca 7/1981 ya atribuía al Presidente de aquella Comunidad la potestad de dictar Decretos en orden a la creación y modificación de las Consejerías, materia sobre la que versará la mayoría de los futuros Decretos de este tipo que expida el Presidente del Gobierno de la Nación, en consonancia con la previsión contenida en la recientemente aprobada Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE, en adelante), que otorga dicha competencia al Presidente.

Después de la citada Ley autonómica otras Comunidades Autónomas dictaron normas en las que se contenía una previsión parecida.

Así, en el artículo 16.4 de la Ley andaluza 6/1983 de 21 de julio; artículo 13.e de la Ley riojana 4/1983 de 29 de diciembre; artículos 7.9 y 35.1 de la Ley castellano-manchega 3/1984 de 25 de abril; artículos 10.5 y 54.1 de la Ley extremeña 2/1984 de 7 de junio ó artículos 10 y 14.7 de la Ley de Baleares 5/1984 de 24 de octubre. Existen otras Leyes de Gobierno y Administración en otras Comunidades Autónomas que prevén también una potestad directa del Presidente de esa Comunidad para dictar normas reglamentarias, aunque sin referencia a las materias sobre las que puede incidir dicha potestad. Ejemplos de este último supuesto son las

Comunidades de Canarias, Cantabria, Castilla y León, Madrid y Comunidad Valenciana.

4.3. En el ámbito local

Los tipos de reglamentos que pueden dictar las entidades locales se hayan previstos en la Ley de Bases de Régimen Local, la cual ha supuesto un avance notable al simplificar las clases de reglamentos que se pueden dictar en este ámbito y proceder a una delimitación de las materias sobre las que puede actuar cada uno de ellos.

La norma más importante en el ámbito local es, sin duda, el Reglamento orgánico, que es el que regula los órganos internos de la entidad y el régimen de su funcionamiento, el cual debe adecuarse a los parámetros que se expresan en la LBRL. Sería el equivalente en la esfera estatal a la Ley de Gobierno y en el autonómico a la Ley de Gobierno y Administración de cada comunidad.

Pero es la clasificación formal de las normas reglamentarias locales la que más interés nos despierta ahora. Dos son los reglamentos que pueden dictar las entidades locales: por un lado, las Ordenanzas, aprobadas por el pleno del Ayuntamiento y, por otro, los Bandos, dictados por el Alcalde, y que, aunque se dudó a la hora de otorgarles carácter jurídico, la mayoría de la doctrina piensa hoy que las citadas normas poseen tal carácter. Las Ordenanzas provienen de la Asamblea municipal compuesta por la totalidad de los concejales electos, por lo que pueden ser asimilables a las leyes en el sentido de que a su aprobación ha precedido un debate por parte de los representantes de los vecinos en el que han debido tomarse en cuenta las opiniones de las distintas formaciones que representan las distintas alternativas ciudadanas y, por consiguiente, expresan más fielmente la voluntad vecinal. Por contra, los Bandos son dictados por los Alcaldes sobre materias en las que el Pleno del Ayuntamiento le habilita al primer edil para el dictado de este tipo de normas, que, son, por tanto, más asimilables a los reglamentos en el ámbito estatal.

Algunos autores opinan¹⁷⁹ que los reglamentos que dictan las Diputaciones forales del País Vasco son reglamentos autónomos como consecuencia de

¹⁷⁹ Véase J. L. PALMA FERNÁNDEZ: "Reglamentos autónomos en España". REDA (87), año 1995, quien afirma que "el reglamento autónomo nace como sustituto de la vocación legislativa latente en dichas Corporaciones Forales", página 339. Para el citado autor, "la denominación reglamento autónomo puede ser de aplicación, puesto que tales disposiciones no tienen rango legal, versan sobre materia atribuida en exclusiva a su competencia y se encuentran sustraídas al conocimiento directo del Legislativo vasco, por expreso designio estatutario constitucionalmente garantizado", página 339.

que en aquel territorio, las citadas instituciones tienen reservadas ciertas materias a la regulación exclusiva de las mismas por el artículo 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, por lo que tanto las leyes estatales como las autonómicas no pueden entrar a regular esos ámbitos, estando plenamente amparada esta situación por la propia Constitución, que en la disposición adicional primera expresa que “ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.” Este tipo de normas sólo deberían respetar los límites, en cuanto a su contenido, según el citado autor, del respeto a la propia Constitución. No entendemos nosotros que las citadas normas puedan tener tal carácter, porque la Constitución no ha reservado ningún ámbito propio al Reglamento, teniendo la Ley superioridad en todo el espectro normativo y, como quiera que dicha solución es también aplicable al territorio vasco, también allí están proscritos los reglamentos autónomos.

Las citadas competencias reconocidas con carácter de exclusividad en favor de los territorios forales deben ser ejercidas respetando el bloque de constitucionalidad entero y ello incluye las leyes estatales y autonómicas vigentes en las materias concretas sobre las que versan las citadas competencias exclusivas, por lo que la autonomía de acción por parte de las Diputaciones Forales en la normación de las mismas no es tan absoluta como se piensa. Además, ya vimos con anterioridad que la Constitución, finalmente, no opta por la regulación de la figura del Reglamento autónomo en su seno, desterrándolo de nuestro sistema jurídico, a pesar de que se produjo un intento de importación de la fórmula de distribución de competencias entre el poder ejecutivo y el poder legislativo que se contiene en Francia en la Constitución actualmente vigente.

Por mucho que las citadas normas tengan una llamada “vocación de Ley” o sean consideradas prácticamente como leyes en aquellos lugares, lo cierto es que ni son leyes ni reglamentos autónomos.

5. Las relaciones entre las diferentes categorías reglamentarias

En el ordenamiento jurídico español se intenta explicar las relaciones entre las diferentes categorías reglamentarias emanadas de las distintas administraciones públicas desde la apelación al principio de jerarquía que se contemplaba en el artículo 23.2 de la LRJAE, derogado hoy por la LOFAGE. Sin embargo, hemos de coincidir con Santamaría Pastor cuando dice que “...contra lo que pudiera parecer, este principio no entra en juego sino de modo secundario...”, ya que “el principio de jerarquía posee...una eficacia limitada a aquellos supuestos de remisión sucesiva o en cascada...en

los que la norma inferior debe respetar la superior, en cuanto que atributiva de la potestad que se ejerce, bajo pena de invalidez.”¹⁸⁰

En efecto, debemos tener en cuenta siempre el ámbito en el que nos movemos y la enorme dependencia que en casi todos los terrenos tiene el Reglamento respecto de la Ley, que será normalmente la que deba pronunciarse en primera instancia. Pues bien, si eso es así, si la Ley es la que regula la materia de que se trate en primer término, como es lo usual, debemos atender a lo que dice la Ley a la hora de otorgar la competencia para dictar reglamentos de desarrollo de la misma, ya que, con ciertos límites, en favor del Gobierno, de un Ministro o de cualquier otro órgano o autoridad. Tan sólo si la Ley de remisión no hace ningún pronunciamiento concreto acerca de cuál debería ser el órgano que dicte el Reglamento de desarrollo entraría en juego las reglas de jerarquía propias existentes en cada ente territorial. En base a esto, debemos afirmar que la primera regla que rige en las relaciones entre los distintos reglamentos que pueden dictar las administraciones públicas es la de competencia y no la de jerarquía, la cual opera, pero no de un modo único, ni tan siquiera primario. “No cabe, pues, entender aquí el principio de jerarquía en el marco de las relaciones Ley-Reglamento, como posibilidad incondicionada de superposición de la norma jerárquicamente superior sobre la inferior; si la Ley remitente atribuye la competencia para dictar un Reglamento a un Ministro, no cabe que el Gobierno modifique válidamente y con posterioridad dicho Reglamento mediante un Decreto...”¹⁸¹

La Ley del Gobierno parece corroborar este punto de vista al establecer en su artículo 23.3 que “los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía”, por lo que se deduce que no sólo interviene el criterio jerárquico en la elaboración y posterior aprobación de las normas reglamentarias, sino que en ese proceso juega un papel importante el principio de competencia como criterio delimitador de los órganos que deben proceder a la promulgación del citado Reglamento. Se abandona, por tanto, en este punto la anterior previsión normativa contenida en el artículo, curiosamente el 23 también, en su apartado segundo, de la derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que ninguna alusión hacía al principio de competencia. La dicción literal del 23.2 de la LRJAE era la siguiente: “las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente jerarquía normativa.”

¹⁸⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 767.

¹⁸¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 767.

Asimismo, se alude al principio de competencia en la exposición de motivos de la citada Ley como el criterio básico para diferenciar los Reales Decretos del Consejo de Ministros y los Reales Decretos del Presidente del Gobierno, una de las novedades de la Ley, la más importante desde el punto de vista reglamentario.

Por tanto, la competencia se configura como criterio delimitador de la capacidad reglamentaria dentro de las distintas administraciones públicas, tanto desde el punto de vista formal, al tener que observarse las reglas de competencia que impongan las normas con rango de Ley que habiliten para su desarrollo reglamentario como desde un punto de vista material, en el sentido de que sólo podrán dictar reglamentos los órganos que tengan atribuidas las competencias en la materia de que se trate.

La regulación contenida en la actual Ley del Gobierno nos parece mucho más clara y mejor desde el punto de vista de la técnica jurídica, no sólo por la mención al principio de competencia como criterio esencial de atribución de potestades reglamentarias, sino también por dos mejoras adicionales que se contienen en ella. La primera, comentada más arriba, la reducción de los tipos de reglamentos que opera, siguiendo fielmente en este punto los mandatos constitucionales. La segunda, la opción de denominar como “reglamentos” a los tipos de normas que emanan de los órganos que enuncia en el apartado tercero del artículo 23, abandonando la menos clara denominación de “disposiciones administrativas de carácter general”.

6. La potestad reglamentaria del Gobierno de la nación

6. 1. Introducción

Una vez que hemos visto cuáles son los órganos investidos de potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico español y que hemos visto los distintos tipos que pueden dictarse en el ámbito respectivo de los entes territoriales existentes en nuestro sistema, pasaremos a analizar la capacidad reglamentaria que posee el Gobierno de la nación, el órgano más importante en la dirección política de este país, el órgano que, junto con el Parlamento de la nación, tiene encomendadas las más importantes misiones y el objetivo fundamental de defender el interés general en todo el territorio español.

La polémica que se produjo tras la aprobación de la Constitución española de 1978 en torno a la capacidad que tiene el Gobierno en nuestro marco constitucional de regular determinadas materias sigue, todavía hoy, abierta y plenamente vigente.

El Gobierno es el único órgano que aparece investido en la Constitución de una potestad reglamentaria atribuida directamente por la norma constitucional, que, sin embargo, no reserva ningún ámbito material de actuación propio a la potestad reglamentaria del Gobierno a imagen y semejanza de lo que ocurre en la Constitución francesa de la V República dictada en 1958, a pesar de los debates que en torno a esa posibilidad se produjeron en el momento de estudio y aprobación de nuestra Constitución y de que el Anteproyecto y el Borrador de Proyecto de la misma contemplaban esa posibilidad de la reserva reglamentaria. Sin embargo, dicha solución como forma de articular las relaciones entre Ley y Reglamento no fue llevada al texto definitivo debido a las enormes críticas que un sector de la Doctrina vertía contra ella.

Pues bien, con el análisis de la potestad reglamentaria del Gobierno lo que se pretende aquí es poner de manifiesto cuáles son los campos sobre los que puede actuar esa potestad libremente, es decir, sin que necesite la habilitación de una Ley para que el Gobierno haga ejercicio de la misma.

Es indudable la primacía de la Ley en nuestro ordenamiento jurídico tras la aprobación de la norma constitucional. No sólo es indudable su primacía, sino que existen ámbitos en los que, por las distintas reservas materiales que la Constitución hace a lo largo de su articulado, sólo puede entrar la norma legal para regular la materia concreta de que se trate. Por lo tanto, la Ley tiene una primacía formal sobre todo el ordenamiento y una primacía material en aquellos terrenos que la Constitución le reserva, terrenos sobre los que no se pueden aprobar leyes en blanco o sobre los que no sería muy conforme con el espíritu constitucional que se produjera una deslegalización, sino que como consecuencia de esa primacía material, deben aprobarse en esas materias leyes con un contenido tal que efectúen una regulación de los aspectos fundamentales, dejando abierta la posibilidad de desarrollo reglamentario, mediante reglamentos ejecutivos, de los aspectos secundarios, sin que sea posible en esas materias que la Administración efectúe una regulación independiente.

No es fácil determinar si existe la posibilidad de que el Gobierno ejerza de una manera independiente la potestad reglamentaria que le atribuye directamente la Constitución en el artículo 97 para la mejor satisfacción de las misiones que en ese precepto se le encomiendan. Para intentar llegar al fondo del asunto nos parece necesario intentar aproximarnos primero a las funciones que cumple el Gobierno o debiera cumplir dentro de nuestro marco constitucional. Posteriormente analizaremos cuál es el contenido y la

extensión de la potestad reglamentaria del Gobierno dentro de los márgenes que le otorga la Constitución. En último término, analizaremos cuáles son los ámbitos sobre los que tradicionalmente se han venido dictando reglamentos independientes en nuestro país y la vigencia de los mismos, es decir, si sigue existiendo la posibilidad de que el Gobierno ejercite de manera independiente sus posibilidades normativas en esos terrenos considerados tradicionalmente como de dominio del poder ejecutivo y de la Administración.

No queremos tampoco perder de vista el fenómeno, creciente en los últimos tiempos, de las llamadas Autoridades Administrativas Independientes y ver qué enfoque o que encaje puede tener dentro del sistema las distintas atribuciones reglamentarias que se están reconociendo en favor de las mismas. Fundamentalmente centraremos este análisis en el Banco de España y en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que son las instituciones de las denominadas Autoridades Administraciones Independientes que más autonomía tienen reconocida y las que ostentan un auténtico poder reglamentario en el ejercicio de sus funciones.

6.2. La función constitucional del Gobierno

El Gobierno es un órgano regulado dentro de la propia Constitución, la cual le otorga una serie de competencias que deberá ejercer directamente. Por tanto, el Gobierno, en una regulación constitucional que responde a modernos criterios, no se configura como un órgano dependiente del Rey o de las Cortes Generales para el ejercicio de las competencias que el texto constitucional le reconoce, tal y como sucedía en el siglo pasado, donde en las sucesivas Constituciones españolas ninguna mención se hacía al Gobierno, al carecer éste de independencia frente al resto de poderes del Estado. No es, en definitiva, un órgano meramente de ejecución el órgano gubernamental que se regula en nuestra Constitución.

El principal precepto constitucional que se refiere al Gobierno es el artículo 97, que atribuye expresamente a este órgano una serie de competencias, convirtiéndose así este precepto en el artículo clave en la determinación de la posición constitucional del mismo.

Entre las competencias otorgadas al Gobierno destaca la atribución directa de potestad reglamentaria, por su importancia y porque se constituye en la herramienta necesaria e imprescindible para desempeñar el resto de las funciones previstas en ese precepto y en el resto de artículos que atribuyen diferentes competencias al Gobierno.

Una clave importante para el mejor entendimiento y explicación de este precepto constitucional la pone de manifiesto De Otto al señalar que “la cuestión principal que plantea este artículo es la de si se ha de entender como delimitación de una específica función de gobierno, distinta de las funciones legislativas, ejecutiva y judicial, o si, por el contrario, existen tan sólo estas funciones, y la supuesta función de gobierno no es en realidad sino la calificación material de la actividad que el Gobierno lleva a cabo a través de su participación en las funciones clásicas...Se trata de un punto en el que es necesario detenerse, porque las funciones asignadas al Gobierno son un elemento básico en la delimitación de la posición constitucional de éste.”¹⁸² Sin embargo, el propio De Otto, después de analizar las posibilidades teóricas y prácticas en torno a la posibilidad de la existencia de una función propia de Gobierno en la Constitución española de 1978, distinta a las tres funciones clásicas, como son la función ejecutiva, legislativa o judicial, concluye que “...nuestra Constitución no contiene ningún precepto, ni siquiera el propio artículo 97, que obligue a apartarse de la tríada tradicional y a introducir esa supuesta cuarta función de gobierno. Por el contrario, la Constitución parece acoger expresamente la división tradicional, porque si bien no contiene ninguna fórmula definitoria al modo del artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn, las funciones tradicionales aparecen mencionadas a lo largo de su articulado, aunque con una terminología no demasiado precisa.”¹⁸³

Nosotros pensamos, al igual que lo hace el Profesor fallecido, que no es posible, a la vista de los preceptos constitucionales, afirmar que existe una cuarta función, la función de gobierno, con sustancia propia e independiente, ya que todas las competencias que la Constitución reconoce y otorga en favor del Gobierno son perfectamente reconducibles a alguna de las funciones tradicionales y clásicas.

Centrándonos en el artículo 97 del texto constitucional, el más importante para el análisis de la posición del Gobierno y de cuáles son sus exactas funciones dentro del marco constitucional debemos apuntar en primer lugar que el citado precepto define la posición constitucional del Gobierno tanto desde un punto de vista político como jurídico. En efecto, se le otorgan al Gobierno funciones políticas que parece que se corresponden con la primera parte del enunciado del artículo; dirección de la política interior y exterior,

¹⁸² De OTTO Y PARDO, I.: “La posición constitucional del Gobierno”. Documentación Administrativa 188, página 171.

¹⁸³ De OTTO Y PARDO, I.: “La posición...” op., cit., página 174.

de la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Pero también se le reconocen funciones jurídicas, las cuales se reflejan más bien en la segunda parte del precepto, en el ejercicio de la función ejecutiva y de la potestad reglamentaria como actividad dinámica y de contenido materialmente jurídico enfocada a cumplir con los objetivos políticos y estáticos que se le imponen al Gobierno en el primer inciso del artículo citado. Todo ello dentro del sistema parlamentario que adopta nuestra Constitución, en el que se dota al Parlamento de una superioridad institucional, lo cual no significa ni lleva aparejada una sumisión tal del resto de los órganos constitucionales al Parlamento que deje en la práctica vacía de contenido su actuación y maniatadas sus funciones en orden a la consecución de los objetivos que les encomienda la Constitución. Lo que sí se deja en manos del Parlamento son posibilidades de control último de la función llevada a cabo por el resto de órganos. Y así sucede también en el caso del Gobierno, el cual está sometido de manera constante al control por parte del Parlamento, tanto a priori como a posteriori.

El Gobierno es titular de un poder de dirección política, pero el ejercicio del mismo requiere necesariamente la colaboración del Parlamento, tanto para la aprobación de las normas que han de servir al cumplimiento de esos fines establecidos en la Constitución, con importante papel atribuido al Gobierno *en orden al reconocimiento en favor del mismo de la iniciativa legislativa*, como en el posterior control que sobre la aplicación de esas normas está haciendo el Gobierno y sus agentes administrativos. Para el ejercicio de esas potestades de dirección política, el Gobierno cuenta con unas facultades normativas de cara a la aprobación de normas reglamentarias que pueden incidir en ámbitos externos y que, por supuesto, tienen el carácter de normas jurídicas. Estas normas deben respetar la Constitución y las leyes, tal y como se postula en el artículo 97 y, usualmente, estarán destinadas a desarrollar las previsiones contenidas en las leyes dictadas por el Parlamento. Sin embargo, las facultades que la Constitución reconoce al Gobierno van más lejos y le otorgan la posibilidad de regular directamente una materia siempre que no exista una norma con rango de Ley que ya la viniese ordenando y siempre que esa materia concreta no esté reservada a la Ley por la norma constitucional.

La posición constitucional del Gobierno, sus funciones y su legitimación democrática hacen aconsejable el otorgamiento de esas facultades, sin que ello perjudique ni vulnere las superiores facultades reconocidas en favor del Parlamento, ya que este puede regular sin límite alguno cualquier materia, incluso aunque ya hubiese hecho algún pronunciamiento anterior el Gobierno sobre la misma, debido a la inexistencia de una reserva en favor

de la norma reglamentaria en nuestra norma constitucional, a diferencia de lo que ocurre en el sistema francés.

Como venimos comentando, hasta hace tan sólo unos meses no se había procedido a dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 98 de la Constitución, el cual obliga a desarrollar por medio de una Ley la composición, funcionamiento y régimen jurídico de sus miembros, por lo que se puede decir que era el Gobierno el único órgano constitucional que prácticamente no había tenido un desarrollo normativo. Por fin, se aprobó el 27 de noviembre de 1997 esa norma, con lo que se ha venido a aportar alguna luz a la situación de tan importante institución, conteniéndose dentro de la misma importantes y novedosas indicaciones, de las cuales ya hemos venido dando cuenta en los diferentes epígrafes de este apartado.

6.3. La polémica cuestión de la atribución de competencias reglamentarias a los Ministros

Muchas páginas se han escrito en torno a la naturaleza de la potestad reglamentaria que los ministros ejercen en nuestro ordenamiento, su extensión y los límites de la misma.

Actualmente se reconoce, tanto por la generalidad de la doctrina como por las normas jurídicas que regulan la materia, la capacidad que tienen los Ministros de dictar normas reglamentarias en materias de organización de su Departamento y, con mayores dudas, en las relaciones especiales de sujeción. La nueva Ley del Gobierno sigue esta tradicional forma de atribución de potestades reglamentarias en favor de los Ministros que se da en nuestro ordenamiento al establecer en el artículo 4.1.b) entre las competencias de los Ministros la del ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento. Una vez hecha esa previsión en ese precepto, aprobado con posterioridad a la Constitución, parece solventada la posible contradicción que se producía, y que no era tal, entre el artículo 97 de la Constitución y el 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, precepto preconstitucional, recuérdese. Se entiende que los Ministros ejercerán la potestad reglamentaria en el ámbito propio de la organización de sus ministerios, con los límites que el ordenamiento impone.

Sin embargo, como pone de manifiesto Santamaría Pastor, "...la praxis constante de nuestro sistema normativo (que no ha experimentado, en este punto, el menor cambio desde la entrada en vigor de la CE) revela que los Ministros llevan a cabo una actividad reglamentaria general y sumamente

nutrida, tanto en desarrollo de leyes y reglamentos del Gobierno como mediante auténticos reglamentos independientes.”¹⁸⁴

En cualquier caso, y por lo que a nosotros nos interesa en este trabajo, debemos dejar sentado la imposibilidad de reconocer en favor de los ministros una potestad reglamentaria que pueda ser ejercida de manera independiente, sino que tal potestad reconocida en favor de ese tipo de miembros del Gobierno debe ser ejercida con el más absoluto respeto por las leyes, ya que éstas serán las que marquen el modo y manera en que los Ministros deben ejercer su potestad reglamentaria, incluida la materia organizativa, que exige siempre una Ley previa, por lo que el desarrollo de este tipo que en cada Ministerio haga el titular de cada Departamento deberá traer como causa las previsiones que se contengan en una norma con rango de Ley. La materia organizativa es una materia reservada a la Ley por el artículo 103.2 de la Constitución y la potestad reglamentaria que pueda desplegar en este contexto el Ministro correspondiente queda supeditada a la Ley.

Por lo que hace referencia a las relaciones especiales de sujeción y a la supuesta competencia normativa reconocida en favor de los ministros en la materia, afirmaremos, como lo hacemos más prolijamente en otro apartado de este trabajo referido a las posibilidades de dictar reglamentos independientes en los ámbitos tradicionales de relaciones de sujeción especial, que bajo el concepto de relaciones de especial sujeción se engloban una pluralidad de supuestos que están sometidos a un tratamiento jurídico distinto. No podemos afirmar, por tanto, que exista hoy en día una categoría general donde puedan quedar englobadas todos estos supuestos.

Además, por lo que hace referencia al tema concreto que estamos tratando en este momento y que se refiere, forzosamente, a la relación funcionarial, debemos aseverar que la relación de los funcionarios con su Administración empleadora “...no es sino un supuesto de potestad organizatoria”¹⁸⁵ y encuadrable en el caso anterior de las potestades de autoorganización que poseen los Ministros. Por lo que hace referencia a la potestad sancionadora que ejercen frente a los funcionarios, la misma debe respetar escrupulosamente el principio de legalidad que se prevé en el artículo 25 de la Constitución en torno a esta materia.

Hay que concluir, en definitiva, que es imposible reconocer en nuestro ordenamiento una potestad reglamentaria independiente en favor de los

¹⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 759.

¹⁸⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Fundamentos...” op., cit., página 763.

Ministros, por cuanto ello equivaldría a otorgar a los mismos un poder reglamentario general sobre cualquier materia, lo que no es ajustado a la Constitución, que sólo permite una facultad de este tipo al Gobierno en su conjunto. Los Ministros sólo poseen potestad reglamentaria por delegación prevista en una norma con rango de Ley y para el ejercicio de competencias propias de su Departamento.

6.4. Las autoridades y órganos inferiores a los Ministros no tienen reconocida potestad reglamentaria alguna conforme a la legislación actualmente en vigor

La LRJAE incluía dentro del orden jerárquico de las disposiciones administrativas en su artículo 23.2, ya citado con anterioridad, a las disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía, como cuarto escalón de ese tipo de disposiciones administrativas de carácter general.

La LRJAE fue derogada recientemente en este aspecto por la LOFAGE, sin que se prevea en parte alguna del texto de dicha norma la capacidad de dictar disposiciones generales por parte de estas autoridades y órganos inferiores. Por otra parte, la Ley 50 /1997 de 27 de noviembre (Ley del Gobierno), al no considerar como parte integrante del Gobierno a las citadas personas y órganos, no puede efectuar un reconocimiento de este en el seno de su articulado, por lo que debemos interpretar que la potestad de dictar disposiciones administrativas de carácter general ha quedado desterrada definitivamente de nuestro ordenamiento. Lo único que ostentan las autoridades u órganos inferiores a los Ministros es una capacidad directiva, tal y como se reconoce en el artículo 6 de la LOFAGE, para el desarrollo y ejecución de los planes de actuación establecidos con carácter previo por los órganos superiores, Ministros y Secretarios de Estado. Esa capacidad directiva se traduce en la posibilidad de dictar órdenes o resoluciones que vinculan a las unidades administrativas inferiores en virtud del poder de dirección que estamos comentando. Pero esas órdenes o resoluciones no tienen, por supuesto, efectos jurídicos externos ni vinculan a las personas ajenas a la organización administrativa. Y, pensamos, que no pueden ser denominadas como disposiciones administrativas de carácter general, puesto que disposiciones administrativas de carácter general sólo hay una: el Reglamento, que es la única norma jurídico-administrativa que participa de los caracteres de generalidad y del resto de condiciones necesarias para ser considerada como norma jurídica coercitiva y vinculante para la generalidad de los ciudadanos. El resto son simples actos administrativos, que pueden tener una incidencia mayor o menor, una eficacia más general o menos

general dependiendo del número de destinatarios obligados a cumplirla, pero que nunca pueden equipararse a las normas reglamentarias ni adoptar nomenclaturas difusas que puedan inducir a equívocos. Por ello es conveniente que se unifique un término para referirse a las mismas y que se produzca así un mayor grado de certidumbre y de seguridad jurídica. En ese sentido, nos parece positivo que la Ley del Gobierno, a pesar de su limitado radio de acción por estar referida a las normas que emanan de los miembros del Gobierno sólo y exclusivamente, hable de reglamentos, tanto en el artículo 23 a la hora de establecer la competencia y jerarquía de los mismos como en el artículo 24 a la hora de regular el procedimiento de elaboración, y no de disposiciones administrativas de carácter general. Tan sólo el artículo 25 alude a la forma que deberán adoptar las disposiciones y resoluciones, del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas.

Pero, obsérvese que no habla de disposiciones administrativas de carácter general, sino tan solo de disposiciones o resoluciones, que, por supuesto, no pueden tener carácter general para todos los ciudadanos, al igual que sucede con las disposiciones y resoluciones de las autoridades u órganos inferiores.

7. Conclusiones

1. Los únicos sujetos que ostentan una potestad reglamentaria capaz de incidir en ámbitos externos a su organización en el sistema jurídico español son las administraciones territoriales. Únicamente ellas están dotadas de potestades gubernativas en orden a la mejor defensa del interés general que las mismas representan. Los órganos constitucionales tienen reconocida una potestad reglamentaria ad intra para el ejercicio de sus funciones constitucionales. El resto de entes administrativos tienen atribuida potestad reglamentaria en la medida en que así lo prevea explícitamente una Ley.

2. Sólo el Gobierno de la nación y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas tienen la posibilidad de ejercitar de una manera independiente la potestad reglamentaria que tanto uno como otros tienen reconocida, con los límites que posteriormente veremos. Los órganos de gobierno de las entidades locales no gozan de esa posibilidad, al estar todas sus capacidades normativas de uno u otro modo supeditadas a normas estatales o autonómicas, aunque bien es cierto que ostentan un último reducto de autonomía que debe ser respetado tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas. Estos, sólo pueden ejercer controles sobre las entidades locales basándose en criterios de legalidad y no de oportunidad en base a ese reconocimiento constitucional de una potestad de

autoorganizarse, lo cual no debe significar independencia, puesto que esa autoorganización debe ejercitarse en términos parecidos en todo el territorio nacional, teniendo el Estado reconocida una capacidad para imponer unos mínimos, unas bases a todas las entidades locales.

Asimismo, ni las Universidades ni los Colegios Profesionales están dotados de potestad reglamentaria independiente, sin que puedan calificarse de tal forma los reglamentos de organización y funcionamiento interno que ambas entidades dictan, los Estatutos Generales, los cuales traen como causa las concretas habilitaciones, y no en blanco precisamente al ser materias reservadas materialmente a la Ley por la Constitución, contenidas en normas estatales, además de las potestades de tutela que sobre las mismas tienen atribuidas las entidades públicas mayores. Por consiguiente, ni formalmente, ni materialmente, pueden ser considerados como reglamentos independientes, pues son, en nuestra modesta opinión, reglamentos ejecutivos dotados, es cierto, de un grado de autonomía material mayor.

3. La Constitución hace una regulación del Gobierno adoptando las más modernas técnicas de racionalización del parlamentarismo, ya que se configura como un órgano independiente que no ejerce sus funciones por delegación del Parlamento. Tampoco, por contra, encontramos en nuestra Constitución vestigio alguno del vetusto principio monárquico, ni sumisión alguna del Gobierno al Jefe del Estado, ya que existe una clara separación personal y el Rey no incide en la vida política del Gobierno en ningún sentido.

4. En ese contexto de independencia funcional del Gobierno, la Constitución le otorga potestades jurídicas para el ejercicio de sus funciones, como es la facultad de dictar normas reglamentarias, las cuales deben quedar supeditadas a la Constitución y a las normas legales que estén vigentes en el momento de ejercicio de esa facultad normativa reconocida por la Constitución al Gobierno. Pero es que esta potestad reglamentaria que la Constitución otorga al Gobierno no se limita a esa función meramente complementaria de la función legislativa parlamentaria, sino que va más allá, ya que el Gobierno puede regular directamente ámbitos necesitados de una respuesta normativa y en los que no existan leyes que los regulen, siempre que no invadan las esferas reservadas a la Ley por la Constitución.

5. Esta afirmación no entra en contradicción con la manifestada superioridad del Parlamento, ya que éste siempre tiene la posibilidad de pronunciarse sobre cualquier materia debido a que no tiene ningún límite de intervención

en ningún ámbito, ni siquiera a posteriori, una vez que el Gobierno hubiese regulado independientemente una materia.

6. Es imposible reconocer en nuestro ordenamiento una potestad reglamentaria independiente en favor de los Ministros, por cuanto ello equivaldría a reconocer a los mismos un poder reglamentario general sobre cualquier materia, estando referida la potestad reglamentaria reconocida en favor de los mismos al ámbito concreto de las materias organizativas de su Departamento.

7. La potestad reglamentaria está atribuida en la Constitución al Gobierno. Los Ministros sólo pueden ejercer la potestad reglamentaria que se les reconoce en el artículo 4.1.b) por delegación, prevista en una norma con rango de Ley, y siempre en el ámbito de competencias propias de su Departamento.

8. Los órganos inferiores a los Ministros no poseen en nuestro sistema jurídico actual ninguna capacidad reglamentaria, tal y como confirma la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997, al abandonar en este punto la anterior previsión que se contenía en el artículo 23.2 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 y que reconocía capacidad de emanar disposiciones administrativas de carácter general a las autoridades y órganos inferiores y las situaba en el cuarto escalón jerárquico, inmediatamente después de las Órdenes Ministeriales.

9. Es necesario aceptar que gran parte de los límites que se le imponen a la potestad reglamentaria derivan de las propias características y situación dentro del ordenamiento jurídico del titular de la misma. En ese sentido, lo que la potestad reglamentaria permite a quien la ostenta es la posibilidad de establecer reglas de Derecho dentro del campo del sujeto titular de la misma, pero no otorga un poder para hacer mediante tales reglas lo que escapa en general a sus posibilidades.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Véase M. REBOLLO PUIG: "Juridicidad..." op., cit., páginas 62-63.

CONTENIDO Y EXTENSIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO. EL ÁMBITO MATERIAL DE ACTUACIÓN DEL REGLAMENTO

1. Introducción

Si en algún otro lugar de este trabajo hemos afirmado que las relaciones entre la Ley y el Reglamento es una de las cuestiones más complicadas de tratar en el Derecho administrativo actual, uno de los ámbitos que mayores problemas plantea dentro de esa materia es tratar de establecer el contenido y la extensión de la potestad reglamentaria.

A fijar esos conceptos es a lo que nos ha llevado el manejo de las diferentes instituciones, términos o herramientas jurídicas a las que hemos hecho alusión en apartados anteriores de nuestra investigación, por estar todos ellos relacionados de una manera directa y sustancial con el contenido y la extensión que se acepte que la potestad reglamentaria tenga dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La cuestión no es sencilla. Lo demuestra el hecho de que existan enormes discrepancias entre los autores de todos los países que han estudiado la materia. Existen numerosas teorías para explicar las relaciones entre la Ley y el Reglamento y, por ende, de establecer cual sea el contenido de las materias a tratar por la norma reglamentaria y la extensión que esas materias deban tener.

Como hemos apuntado en anteriores lugares, los problemas a la hora de establecer definitivamente los criterios que deben presidir las relaciones en la materia no son exclusivos de España sino que existe un debate abierto en el resto de países respecto de este tema, interpretando los autores de modo diverso las diferentes previsiones que se contienen en las constituciones. Y es precisamente de los postulados constitucionales de donde, de nuevo, es necesario partir. Por ello se hace imprescindible la interpretación del exiguo precepto que regula la materia en Derecho español.

Consideramos que es ahora el momento de analizar el contenido y la extensión de la potestad reglamentaria reconocida al Gobierno, una vez que ya hemos visto desde el punto de vista formal como la misma es atribuida con carácter exclusivo por la norma constitucional a este órgano y que ya conocemos, llegado este punto, las formas de manifestación externa que pueden adoptar los reglamentos estatales emanados del órgano gubernamental, por lo que, insistimos, es este el momento “procesal”

oportuno de analizar la manifestación material que las normas reglamentarias dictadas por el Gobierno tienen.

2. El artículo 97 de la Constitución, desde el punto de vista de la posible extensión de la potestad reglamentaria que reconoce en favor del Gobierno

La brevedad con la que se regula en el artículo 97 de la Constitución de 1978 la importante materia de la potestad reglamentaria del Gobierno ha hecho que las interpretaciones que de dicho precepto efectúan los exegetas del mismo sean variadas y escasamente coincidentes.

Sin embargo, todas ellas son englobables en cuatro líneas de pensamiento sensiblemente diferenciadas. Aunque cada autor tenga en esta cuestión un punto de vista personal e intransferible, su línea de desarrollo sigue unas coordenadas que pueden ser encasilladas dentro de esas cuatro interpretaciones globales que del artículo 97 se sostienen.¹⁸⁷

Las cuatro interpretaciones serían las siguientes:

1. El artículo 97 de la Constitución no es suficiente para que el Gobierno dicte reglamentos de motu proprio, sino que es necesario que exista una norma con rango de Ley que le habilite para ello.
2. El artículo 97 constituye una base legal suficiente y no es necesario que una Ley particular habilite al Gobierno para que este pueda dictar reglamentos, siempre que respete los límites impuestos por las materias que la Constitución reserva a la Ley y el límite adicional derivado del respeto al principio de jerarquía normativa. Es decir, para esta postura, el Gobierno puede dictar directamente reglamentos que regulen, incluso independientemente una materia, siempre que respete los límites impuestos por la reserva material y la reserva formal de Ley.
3. El artículo 97 de la Constitución permite al Gobierno dictar reglamentos, pero es necesaria una habilitación de la Ley al Reglamento para todas las materias que no sean las puramente administrativas, pues sólo en este tipo de cuestiones es aceptable, desde el punto de vista constitucionalmente expresado en el artículo 97, una regulación independiente sin habilitación legal adicional.
4. El artículo 97 sólo permite la aprobación por parte del Gobierno de normas reglamentarias para la ejecución de las leyes. La aprobación de cualquier otro tipo de reglamentos requiere una específica habilitación

¹⁸⁷ REBOLLO PUIG, M.: "Juridicidad..." op., cit., página 11 y ss.

legal, sin que pueda aceptarse en nuestro marco constitucional actual la existencia de reglamentos independientes.

Como vemos, las posturas son bien distintas, diferentes y , en algunos casos, irreconciliables. En el fondo de todas ellas lo que subyace es el concepto que de la Ley se tiene y la interpretación que de la institución de la reserva de Ley se hace en nuestra Constitución, ya que no se puede efectuar una interpretación aislada de un precepto constitucional del alcance del 97, sino que debe operarse una interpretación conjunta de este artículo con otras previsiones que se contienen en la norma constitucional y que atañen a la materia concreta de la capacidad reglamentaria otorgada al Gobierno. Es evidente que la misma no puede desligarse del concepto de Ley y, como consecuencia de este, de las posibilidades que a la norma legal se le reconozcan en el sistema jurídico constitucional.

Por ello se hacía aconsejable el tratamiento temprano de la concepción del principio de legalidad que se tiene en nuestro ordenamiento, para poder ahora analizar con mayores elementos de juicio cada una de las posturas expuestas y optar por la más correcta y respetuosa con el espíritu de nuestra norma superior.

Pasaremos, por tanto, a examinar cada una de las interpretaciones aludidas.

2. 1. Necesidad de habilitación legal para que el Gobierno dicte reglamentos

Hacemos referencia aquí a la primera de las posturas apuntadas con anterioridad. La misma encuentra su apoyo constitucional en la expresión "...de acuerdo con la Constitución y las leyes", que se contiene en la parte final del artículo 97. La admisión de esta opción supone aceptar que en nuestro sistema constitucional se implanta un concepto de legalidad estricto, el cual ha sido desechado por nosotros, si se recuerda. Supone aceptar una vinculación absoluta a la Ley y que la dicción que se contiene en el artículo 97 no lleva más que al reconocimiento de que las leyes que contengan una habilitación para el desarrollo reglamentario de las mismas son constitucionales en base a la previsión contenida en el artículo 97.

Esta postura supone, en definitiva, negar a la Administración cualquier poder reglamentario independiente de la Ley, lo cual consideramos que ni se ajusta al edificio constitucional actual ni a nuestra tradición jurídica, plasmada en las sucesivas constituciones históricas.

La postura que exponemos en este momento es minoritaria dentro de nuestra doctrina. El representante más cualificado de la misma es J. L. Villar Palasí, quien resume muy bien la sustancia de su pensamiento cuando afirma que “los reglamentos sólo podrán producirse en aquellos casos en que una Ley así lo autorice.”¹⁸⁸ Añade el citado autor que “...resulta impensable admitir la existencia...de reglamentos praeter legem”¹⁸⁹

Tampoco es esta la postura que acepta nuestra jurisprudencia, la cual reconoce una potestad reglamentaria propia en manos de la Administración.

Pensamos que esa interpretación del artículo 97 de la Constitución no es la que debe prevalecer. Si así fuera, sería desconocer el funcionamiento habitual y tradicional de la Administración española, la cual dicta reglamentos que no se sujetan a las leyes en determinados ámbitos, si bien es cierto que, desde la aprobación de la Constitución española de 1978, esa práctica ha disminuido considerablemente como consecuencia de los límites que se imponen en el texto constitucional a este tipo de prácticas.

Pensar que la Administración necesita siempre y en todo caso habilitación para actuar sería maniatar a la misma y dotarla de un funcionamiento rígido que podría tener como resultado contraproducente la menor eficacia de la misma en orden al cumplimiento de las finalidades encomendadas en la Constitución. El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho en el actuar administrativo que se prevé en el artículo 103.1 de la Constitución no debe ser entendido como la necesidad constante de la existencia de una norma legal previa para que la Administración pueda actuar y servir a los intereses generales, puesto que habrá supuestos, como los ha habido a lo largo de toda la historia constitucional de todos los países de tradición continental en que la Administración, basándose en diferentes motivos, tenga que actuar con carácter previo. Hay que entender que esa previsión contenida en el 103.1 es lo que Hauriou denominaba el bloque de la legalidad y no sólo la Ley.

¹⁸⁸ J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA: “Principios de Derecho Administrativo”. Editado por la Universidad Complutense. Madrid 1982, página 222.

¹⁸⁹ *Ibidem*..., página 224.

2.2. Reconocimiento de una potestad reglamentaria en favor de la Administración con el necesario respeto a la reserva material y formal de Ley

Esta sería la segunda línea doctrinal aludida. Como comentábamos con anterioridad, el sustrato fundamental en el que se basa es en el reconocimiento de una potestad reglamentaria general de la Administración derivada de los propios pronunciamientos constitucionales y que, no necesita, por tanto, de ninguna norma legal particular que la habilite para el ejercicio de esa potestad reglamentaria.

Tan sólo se establecen por parte de los seguidores de esta corriente doctrinal dos límites a esa potestad reglamentaria general que, según ellos, otorga la Constitución a la Administración. Son los derivados del respeto a las reservas de Ley que la Constitución prevé en favor de la norma legal para la regulación inicial por ella de determinadas cuestiones y la adicional que viene determinada por el respeto a la jerarquía normativa y de la superioridad que la Ley posee sobre todo el ordenamiento jurídico.

Esta postura es la que sostiene la mayoría de la doctrina española actual. Entre los autores que opinan de esta manera podemos citar a Garrido Falla, Santamaría Pastor, Leguina Villa, Gómez Ferrer, Carro Fernández Valmayor ó Gallego Anabitarte.

También es la que sostendremos aquí, pues pensamos que es la que más se ajusta a los pronunciamientos y al espíritu constitucional.

El planteamiento de esta teoría parece sencillo, a primera vista. Sin embargo, existe un problema fundamental que hay que resolver y que no parece tener fácil solución, puesto que es, todavía hoy, una cuestión abierta y discutida. Nos referimos a la extensión que hemos de dar a la reserva de Ley que la Constitución establece. Es aquí donde las discrepancias entre los seguidores de esta corriente de pensamiento se acentúan. Así, algunos de ellos consideran, apoyándose estrictamente en los preceptos constitucionales, que el ámbito en que la potestad reglamentaria originaria, independiente o sin habilitación legal, como se prefiera denominar, es bastante amplio.¹⁹⁰

¹⁹⁰ De OTTO Y PARDO, I.: "Derecho constitucional. Sistema de Fuentes", Barcelona 1987, página 122, donde extiende la posibilidad de ejercer directamente esa potestad reglamentaria a los propios Ministros, no aceptando límites al ejercicio de la potestad reglamentaria derivados del principio de legalidad, páginas 157 a 160 y 240-241. Véase también J. Leguina Villa: Principios generales del Derecho y Constitución, RAP 114, 1987, página 28, donde se afirma que nada impide que le Gobierno haga uso del poder reglamentario que la Constitución le otorga para regular las restantes materias, una vez admitidas

Existen, por contra otros autores, que, partiendo también del articulado constitucional, otorgan un ámbito mucho más amplio a la reserva de Ley y, consiguientemente, reducen ostensiblemente las posibilidades reales de un ejercicio directo de la potestad reglamentaria del Gobierno sin habilitación por norma con rango de Ley, aun admitiendo que la misma puede darse dentro de nuestro sistema, con los límites expuestos. La base para extenderla reserva de Ley de manera tan notable la encuentran esos autores en el artículo 53.1 de la Constitución, que establece una reserva general de Ley en todas las materias que incidan en los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, reserva que se sobrepone a las particulares que se prevén a lo largo de los artículos de dicho Capítulo y que afecta a la regulación del contenido esencial de todos los derechos allí enunciados. De este modo, estos autores, entre los que podemos señalar la postura de Santamaría Pastor, Germán Fernández Farreres o el propio García de Enterría, reducen la esfera sobre la que pueden dictarse reglamentos sin habilitación legal prácticamente a las cuestiones de carácter organizativo o interno de la Administración.¹⁹¹

Los autores que extienden de esta manera tan amplia la reserva de Ley en la Constitución lo hacen, aparte de los razonamientos anteriormente expresados, alegando factores históricos basados en lo que tradicionalmente ha sido la institución de la reserva de Ley y las materias a las que afectaba, que se reconducían a la cláusula libertad y propiedad. Por tanto, basándose en la histórica concepción de la reserva de Ley, la constitucionalización de las reservas materiales de Ley en la Constitución española de 1978 acarrearía la extensión de las materias reservadas a la Ley a toda regulación que incidiese de manera genérica en la libertad del individuo.

los dos límites anteriormente citados. Véase asimismo GARRIDO FALLA, F.: "Tratado de Derecho Administrativo", 10ª Edición, Madrid 1987, Tomo I, páginas 236, 240 y 241, quien de manera menos radical otorga al Reglamento un gran campo de acción, en línea con su teoría de la no vinculación positiva absoluta de la Administración a la Ley.

¹⁹¹ Véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Fundamentos..." op., cit., páginas 781 y ss, quien extiende la reserva de Ley a todos los actos que incidan de manera limitativa en la esfera jurídico-personal de los ciudadanos y se apoya para ello en el derecho constitucionalmente reconocido del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1, que es un argumento esencial que esgrimen aquellos que apoyan esta visión. También García de Enterría: Curso de Derecho Administrativo, 7ª Edición, Madrid 1995, página 200-201 se pronuncia en parecidos términos en cuanto a la posibilidad de que existan reglamentos independientes en nuestro ordenamiento, que sólo son aceptados por Enterría en la esfera de la organización y en la de las relaciones especiales de sujeción siempre que no se afecte a los derechos básicos de los interesados. En las páginas 230 y ss. aborda Enterría las relaciones que se dan en nuestro ordenamiento entre la Ley y el Reglamento, otorgando al ámbito reservado a la Ley un campo muy amplio, basándose en una aplicación prácticamente estricta del principio de legalidad y de vinculación positiva de la Administración a la Ley por la vía de extender notablemente el radio de acción del artículo 53.1 de la Constitución.

Por lo que hace referencia a la reserva formal de Ley, el problema se halla, de igual modo, en establecer la intensidad que ha de darse a dicha reserva y las posibilidades que tiene el Reglamento de entrar en la materia regulada previamente por la Ley. Existen al respecto posturas que van desde negar toda posibilidad de desarrollo reglamentario de la materia regulada por una Ley previamente, hasta aquellos que reconocen que la labor del Reglamento en estas materias es la de complementar, desarrollar o ejecutar los mandamientos previstos en la norma con rango de Ley, siempre mediante habilitación previa, pasando por los que otorgan grandes posibilidades reguladoras al Reglamento por la vía de vaciar de contenido material a la Ley previa, deslegalizando así la materia.

En cualquier caso, lo que es exigible en todo caso y así lo viene requiriendo nuestra jurisprudencia, es que el contenido material de la Ley sea lo suficientemente importante que no se produzca una regulación independiente por el Reglamento, sino que la Ley efectúe la regulación de las cuestiones más importantes.

2. 3. No necesidad de habilitación para los reglamentos de organización

Para esta tercera teoría, el artículo 97 sería suficiente para habilitar el dictado de reglamentos en aspectos organizacionales.

Fuera de este ámbito se hace necesaria una autorización adicional por norma con rango de Ley para dictar reglamentos, ya que el artículo 97 no es suficiente en los campos no organizacionales.

La interpretación que esta línea doctrinal efectúa del artículo 97 de la Constitución trae como causa construcciones dogmáticas existentes con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, desarrolladas, fundamentalmente, en otros países.

Rebollo Puig sistematiza en tres las teorías que inspiran los pensamientos de la necesidad de habilitación general salvo en materias de organización.¹⁹²

Las tres teorías serían:

- a) La de la ajuricidad de ciertas normas administrativas (Reglamento administrativo), desarrollada entre otros por O. Mayer o P. Laband y que

¹⁹² REBOLLO PUIG, M.: "Juridicidad..." op., cit., página 20.

parte de reconocer a la Administración un poder de establecer normas que no poseen carácter jurídico, por ser estas normas provenientes de un poder que no tiene reconocidas potestades para incidir en la esfera jurídica externa a la propia organización, sino que sólo vinculan a las personas que se integran en la organización administrativa. Se establece una clara diferenciación entre dos poderes: uno con capacidad para crear Derecho, el poder legislativo emanado de las Asambleas, y otro poder, el ejecutivo, con capacidad para dirigir el funcionamiento del aparato administrativo de manera autónoma mediante el dictado de normas ajurídicas que no vinculan a los ciudadanos en general, sino a los órganos administrativos inferiores¹⁹³ y a los que entran en relación con el aparato administrativo por cualquier causa. Fuera del ámbito de la organización y la dirección del aparato administrativo, las normas que dicta el poder ejecutivo deben estar absolutamente supeditadas a las normas legales promulgadas por el poder legislativo y considerándose como normas jurídicas por influir en la esfera jurídica de los ciudadanos.¹⁹⁴

De esta diferenciación se extrae una consecuencia: la distinción entre dos tipos de reglamentos, los reglamentos jurídicos y los reglamentos administrativos, con notables diferencias entre ambos conceptos, pero considerados comúnmente como reglamentos por emanar los dos de la Administración. El Reglamento jurídico es considerado como Ley en sentido material, porque posee carácter jurídico y sus preceptos innovan o modifican el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el Reglamento administrativo es considerado como Reglamento en sentido material, porque no posee carácter jurídico y tan sólo vincula a los que integran la organización administrativa.

Realmente, “la línea divisoria entre lo interno y lo externo era, pues, muy relevante para la exigencia de habilitación legal, pero se determinaba no atendiendo al contenido de la norma, sino a los efectos de la misma...” porque “...a lo que se negaba carácter jurídico no era a las normas sobre organización de la Administración, sino a las que sólo tenían efectos

¹⁹³ LABAND, P., en su obra “Le droit public de l’Empire Allemand”, París 1901, Tomo II, páginas 544-545 habla del deber profesional que tienen los funcionarios públicos de obedecer estas normas, que pueden aplicarse a un caso aislado o tener un contenido general y que están basadas en un poder jerárquico de la autoridad superior, sin que estén en juego en este campo los derechos soberanos que la Ley otorga al Estado.

¹⁹⁴ MAYER, O., en su “Derecho Administrativo alemán”, traducción española de H. Heredia y E. Krotoschin, 2ª edición, Buenos Aires, 1982, Tomo I, página 169, no habla de un deber profesional en el sentido en que lo hacía Laband, sino que justificaba este tipo de normas en un vínculo de sujeción particular, mientras que las normas administrativas propiamente jurídicas tenían por fundamento una delegación de la Ley.

dentro de su organización porque sólo vinculaban a quienes en ella estaban integrados”¹⁹⁵

La asunción de esta construcción teórica en el ordenamiento español actualmente vigente se hace muy cuesta arriba por varios motivos.

Primero, porque reducir el contenido del artículo 97 al mero dictado de normas internas conllevaría una interpretación bastante alejada del pensamiento de nuestro constituyente y de la práctica habitual de funcionamiento de nuestra Administración. Segundo, porque el carácter jurídico de las normas de organización es algo que hoy nadie duda. Y, tercero, porque normas internas del tipo que preveía esa construcción doctrinal puede dictarlas en nuestro sistema jurídico no sólo el Gobierno sino el resto de órganos superiores de la Administración Pública, sin necesidad de habilitación legal, sino basados en su poder de dirección.

Por todo ello, pensamos que es imposible que prospere la adopción de esta teoría en nuestro ordenamiento actual.

- b) La segunda construcción doctrinal anterior a la Constitución española de 1978 que influye en la interpretación de la necesidad de habilitación legal en todo el espectro normativo salvo en el terreno de la organización es la de la identificación de la reserva legal de intervención en la libertad y propiedad con el concepto de Ley material.

Esta teoría se inspira en la doctrina alemana, donde su raigambre histórica es indudable, incluso con la influencia que sobre el Derecho alemán actual posee. Esta corriente doctrinal, en sus genuinos orígenes germánicos está basada en el carácter de Derecho natural que poseen los derechos de libertad y de propiedad de los ciudadanos, lo que les hace estar por encima de cualquier reconocimiento por parte del Derecho positivo, que aunque no efectúe una regulación expresa de la protección de los mismos, se entiende que la misma vendrá derivada de su reconocimiento y que, además, deberá hacerse por norma con rango de Ley, por ser el poder legislativo el único competente para imponer limitaciones a la libertad y a la propiedad, por lo que la potestad reglamentaria queda totalmente excluida de cualquier intervención en este ámbito.

¹⁹⁵ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad...” op., cit., página 26-27.

La semejanza en los planteamientos entre la construcción teórica que diferenciaba entre los ámbitos administrativos internos y los generales externos, que conducía a la distinción entre reglamentos administrativos y reglamentos jurídicos y esta teoría de la reserva legal de intervención es evidente. Sin embargo, en la formulación genuina y primaria de ambas ello no era así. Lo que ocurre es que el desarrollo posterior de ambas les fue aproximando. De hecho, hay numerosos autores alemanes que explican las relaciones entre la Ley y el Reglamento en el derecho alemán aceptando ambas teorías, identificándolas prácticamente.

Lo que ocurrió exactamente es que cuando algunas constituciones alemanas no regulaban reservas específicas de Ley, sino que simplemente establecían que la legislación pertenecía a la voluntad conjunta del Príncipe y de las Asambleas, se intentaba salvar esa falta de previsión constitucional expresa por la vía de la noción material de Ley, en vez de entender que la reserva de Ley estaba implícitamente contemplada en la Constitución debido al valor directo de los derechos de propiedad y libertad, como era la concepción originaria de esta doctrina.

Esto tenía la consecuencia de identificar Ley material con Ley formal y de reservar a la Ley material la regulación de todo el ámbito de la reserva de intervención. Sin embargo, este ejercicio es erróneo, porque debemos recordar que el concepto de Ley material se utilizaba genuinamente para delimitar la frontera existente entre el terreno "jurídico" frente al campo de lo "no jurídico", sin que tuviera relevancia alguna el hecho de que las normas fueran favorables o perjudiciales para la propiedad o libertad de los ciudadanos. "...No cabe sostener que es Derecho - y ley material - toda norma que empeora la situación jurídica del ciudadano, y no la que suponga mejoramiento de la misma".¹⁹⁶ La reserva de Ley, originariamente, estaba referida a todo intento de limitación o de empeoramiento en las condiciones de los ciudadanos, por lo que el campo de acción de la reserva de Ley era bastante más reducido que el de la Ley material.

Lo que produjo finalmente la teoría de la reserva de intervención es la ampliación del concepto de reserva de Ley y el paralelo adelgazamiento del concepto material de Ley, produciéndose así una confusión que ha sido denunciada por la propia doctrina alemana. Starck habla de que "el concepto

¹⁹⁶ REBOLLO PUIG, M.: "Juridicidad..." op., cit., página 36.

de ley no se puede deducir del concepto de reserva; tampoco es lícito proceder a la inversa”.¹⁹⁷

La confusión que se produce al intentar esta teoría una identificación entre reserva de Ley y Ley material no ayuda en nada a la precisión de los ámbitos sobre los que puede proyectarse la reserva ni la intensidad que deba otorgarse a la misma. Dicha confusión podría haberse evitado con el simple otorgamiento de un valor y efecto directo a la libertad y a la propiedad, como en un principio sucedía, y no por la vía de contraponer Ley material-Reglamento administrativo.

La recepción en España de esta teoría no puede hacerse en los términos que se producen en el Derecho alemán pero sí que existen aspectos interesantes en la teoría de la reserva de Ley que pueden considerarse vigentes actualmente en nuestro ordenamiento. Además, es público y notorio que se ha producido un ensanchamiento del ámbito de la reserva en nuestros días. Sin embargo, dicho ensanchamiento responde a criterios distintos a los apuntados. No es consecuencia de una identificación entre Ley material y reserva de Ley, sino de condicionamientos más políticos y sociales que jurídicos.

c) La teoría de la materia reglamentaria por naturaleza sería la tercera construcción dogmática sobre la que se apoyan aquellos que sostienen la necesidad de habilitación legal para el dictado de reglamentos sobre todos los ámbitos salvo el de la organización en base al artículo 97 de la Constitución de 1978.

Fue Hauriou el iniciador y máximo exponente de esta teoría, la cual se encuentra presente en sus obras más destacadas.¹⁹⁸

Para Hauriou la potestad reglamentaria está basada “en la naturaleza de las cosas”¹⁹⁹ y los ámbitos que viene llamada a cubrir son los de la organización y los del mantenimiento del orden, que son los terrenos que constituyen la materia reglamentaria por naturaleza. Puede dictar la Administración también normas en desarrollo de la Ley, pero este campo no es ya el propio

¹⁹⁷ STARCK, C.: “El Concepto de ley en la Constitución alemana”, traducido por Legaz Lacambra. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1979, página 385.

¹⁹⁸ Véase M. HAURIOU: “Précis de Droit Administratif et de Droit Public”, editorial Recueil Sirey. 5ª edición, París 1914 y “Précis élémentaires de Droit Administratif”, 2ª edición, París 1930, donde sostiene una teoría institucional y sociológica de la Administración, reservando un ámbito propio de poder al Reglamento, separado del propio de la Ley.

¹⁹⁹ Précis de Droit Administratif...op., cit., página 48.

del Reglamento. Sólo el ámbito organizacional y el de la policía son los propios de la materia reglamentaria.

Hauriou no niega el carácter jurídico de las normas reglamentarias dictadas en los campos propios del Reglamento, a diferencia de lo que sucedía con las construcciones teóricas alemanas de la diferenciación entre el ámbito interno y externo y de la reserva de intervención.

Hauriou pensaba que en las materias de organización y de policía, es decir, las reglamentarias por naturaleza, los reglamentos que se dictasen no sólo no necesitaban habilitación, sino que ni siquiera requerían una Ley previa que desarrollar.

La teoría de Hauriou era, en realidad, el intento de dar una explicación coherente a la situación práctica que se vivió en determinadas épocas de la historia constitucional francesa.

La doctrina de Hauriou influyó notablemente en el Derecho positivo francés. Incluso, puede decirse que, de alguna manera, sus pensamientos se han incorporado a la letra de la Constitución de la V República promulgada en 1958, la cual, como sabemos, reserva al Reglamento el poder de regular determinadas materias, sin que la Ley pueda entrar en esos ámbitos reservados a la norma reglamentaria. Como ya hemos apuntado en otro lugar, el espíritu de la Constitución de la V República fue indudablemente ese; el de reservar al Reglamento la primacía en determinadas materias y establecer así unas relaciones más claras entre la Ley y el Reglamento. Lo que ocurre es que el devenir de los años y la mala experiencia práctica que de dicha novedosa relación se vive en el país vecino con respecto a esa solución constitucional, han motivado el hecho de que la figura de la reserva reglamentaria haya ido difuminándose cada vez más, dudando en la actualidad los propios autores franceses de la existencia de auténticos reglamentos autónomos.²⁰⁰

2. 4. El artículo 97 de la Constitución sólo habilita para el dictado de reglamentos ejecutivos

Esta es la única interpretación del artículo 97 que se centra en el aspecto de la relación material entre el contenido de la Ley y el Reglamento. Las interpretaciones anteriores que hemos señalado no reparaban en el análisis

²⁰⁰ Véase el artículo de L. FAVOREU con el sugerente nombre de "Les reglements autonomes: existent ils?, ó el más reciente y categórico "Les reglements autonomes n'existent pas", RFDA (6), 1987

de esa relación material, aunque se dedujese lógicamente de los postulados que se defendían. El punto de mira se situaba en la exigencia o no de habilitación legal.

Pues bien, la interpretación dada al artículo 97 de la Constitución por algunos autores, entre los que cabe citar a Martín Bassols, es que la previsión en el artículo 97 de la Constitución "...confiere al Gobierno un apoderamiento general o global para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Dicho ejercicio no precisa fundarse en una habilitación expresa o implícita de cada Ley..."²⁰¹

Sin embargo, a continuación señala que el poder reglamentario es "absolutamente condicionado; su ejercicio sólo se legitima intra leges...Queda, por tanto, excluida una potestad reglamentaria gubernativa de tipo autónomo o independiente."²⁰² Dicha interpretación centra el contenido del artículo 97 de la Constitución en torno a la suficiente habilitación contenida en el citado precepto para dictar normas reglamentarias que desarrollen o complementen las previsiones contenidas en leyes ya existentes, sin que sea necesaria ninguna autorización adicional contenida en una norma con rango de Ley, siempre con el debido respeto a las reservas constitucionales de Ley. Extramuros de esa reserva constitucional de Ley, caben reglamentos sin necesidad de habilitación, aunque solamente para el desarrollo o complemento de una Ley aprobada previamente.

Esta doctrina esta claramente inspirada en un concepto material del Reglamento que ha servido históricamente para explicar la teoría de la división de poderes. Según la misma, el Reglamento, como producto del poder ejecutivo que es, tiene su razón de ser y el objetivo fundamental de desarrollar o complementar, en definitiva de ejecutar, las previsiones contenidas en la norma dictada por el poder legislativo que es el que tiene reconocida la legitimación necesaria para pronunciarse previamente en cada materia e innovar el ordenamiento jurídico. Por tanto, al ser la labor de ejecución de las leyes algo insito al poder ejecutivo, el Gobierno no necesita de la autorización concreta y particular de una Ley para proceder a desarrollar su contenido en los aspectos que considere necesarios para su mejor aplicación.

Podemos comentar que, a grandes rasgos, esta es también la teoría que sostuvo en su momento en Francia, con mayores tintes de radicalidad, Carré

²⁰¹ BASSOLS COMA, M.: "Las diversas manifestaciones..." op., cit., página 128.

²⁰² *Ibidem*..., página 129.

de Malberg, para quien el Reglamento era un puro acto administrativo que estaba encaminado a ejecutar lo previsto en las leyes.²⁰³

En Alemania esta doctrina es seguida por A. Merkl.²⁰⁴ Para el mencionado autor todo Reglamento es ejecutivo, porque los reglamentos no son más que actos generales de ejecución, no siendo posible delimitar de manera abstracta el ámbito material de los reglamentos sino en base a una Ley previamente vigente.

Los reglamentos no pueden dictarse nada más que dentro del marco de las leyes.¹⁹¹ La postura que se explica en este momento ha tenido un grado de aceptación notable en los diferentes ordenamientos jurídico positivos a lo largo de la historia constitucional de los países de tradición jurídica continental. Incluso se puede decir que, con matices, es la que acoge la Ley Fundamental de Bonn, texto constitucional actualmente vigente en la unificada República Federal Alemana.

En nuestro país también existen antecedentes constitucionales que sostenían esta concepción material del Reglamento. En realidad esa es la línea constitucional que se sigue a lo largo de todo el siglo XIX, donde los sucesivos textos constitucionales españoles que se van aprobando, circunscriben claramente las posibilidades y capacidades de la norma reglamentaria a la pura y simple ejecución de las leyes, como consecuencia, por una parte, del intento de mantener incólume el principio de separación de poderes y, de otra, de poner freno a la cada vez más emergente y voraz potestad reglamentaria del ejecutivo.

Sin duda, esta es la postura doctrinal que encaja mejor en la tradición jacobina y, por tanto, la que más predicamento tuvo durante el siglo XIX en Francia y, por acción de la influencia del régimen administrativo de tipo francés, en España.

Si esa era, como decimos, la línea que se acogía en las sucesivas constituciones, otra cosa bien distinta era lo que sucedía a la hora de llevar a la práctica los pronunciamientos constitucionales. En ese sentido, ya

²⁰³ CARRÉ DE MALBERG, R.: "Contribution a la Theorie Generale de l'Etat". Editorial Recueil Sirey. Paris 1922, páginas 482 a 488, donde se contienen los pensamientos más importantes en torno a su teoría acerca del Reglamento. Carré sólo acepta la existencia de reglamentos *secundum legem*, aquellos que se fundan en una Ley o están ligados en mayor o menor medida a una Ley, a la cual desarrollan. Ni tan siquiera acepta la existencia de reglamentos *intra legem*.

²⁰⁴ MERKL, A.: "Teoría General del Derecho Administrativo". Editado por la Revista de Derecho Privado. Madrid 1935. También traducido al español en Méjico en 1980, página 160.

apuntamos en su momento la sensible divergencia existente entre lo que decían las Constituciones españolas del siglo XIX y la irrespetuosa práctica normativa que se generaba al margen de ellas, fenómeno no exclusivo del caso español y que se veía favorecido por la ausencia de un Tribunal ad hoc que velase por la correcta interpretación y cumplimiento de los preceptos constitucionales en los distintos países.

Precisamente por esa falta de armonía entre las previsiones constitucionales y los usos reales que se daban a la potestad reglamentaria, la teoría del concepto material de Reglamento incardinado a la pura y simple ejecución de las leyes se mostraba totalmente insuficiente para explicar por qué se dictaban en la práctica reglamentos sin habilitación legal en materias concretas como la organización administrativa o el campo de la policía. La doctrina de los diferentes países intenta encontrar un fundamento teórico diferente que explique las transformaciones que se producen en el terreno de las relaciones entre la Ley y el Reglamento. Como muestra, el surgimiento de la teoría de Hauriou en Francia, anteriormente descrita, que aboga por la innecesariedad de habilitación legal para el dictado de reglamentos en materia de organización y en el ámbito de policía.

Hauriou piensa que no es posible encasillar al Reglamento en un mero papel de “coadjutor” de la Ley, pues dicha norma cumple otro papel no menos importante, cual es el de “cubrir las necesidades de la organización y del mantenimiento del orden en defecto de la Ley”.²⁰⁵

Hauriou intenta dar una explicación a lo que sucede en la práctica normativa francesa y a raíz de esta teoría y de su aceptación mayoritaria por la doctrina francesa, la historia constitucional de aquel país experimenta un giro de 180 grados y la Constitución de la III y de la IV República otorgan grandes apoderamientos al poder ejecutivo para que dicte normas reglamentarias sin necesidad de habilitación legal. Las consecuencias prácticas de esta solución constitucional fueron desastrosas y, finalmente, se opta en la Constitución de 1958, la de la V República, por establecer reservas materiales paralelas en favor de la Ley y del Reglamento como fórmula de resolver los conflictos y mejorar las relaciones entre ambas, que es, en definitiva, mejorar las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo.

Pensamos que no es posible hoy en día explicar las relaciones existentes entre la Ley y el Reglamento por la arcaica vía de reducir el papel de la norma reglamentaria a la mera ejecución de las leyes. Eso podría ser

²⁰⁵ HAURIOU, M.: “Précis de Droit Administratif...” op., cit., página 65.

ficticiamente válido en el siglo pasado como manera de justificar y salvar jurídicamente la idílica división política de poderes que propugnaban los revolucionarios franceses. Sin embargo, hoy se sabe de antemano que no es posible, debido a las exigencias sociales y a factores de variada índole, el enclaustramiento jurídico de los diferentes poderes dentro del Estado.

Tampoco el papel de la Administración ni las exigencias que se le imponen a la misma son los mismos que en el siglo pasado. Por supuesto, la posición política y, como consecuencia de ello, jurídica del Gobierno no es la misma que la del siglo pasado.

De hecho, pensamos que no puede interpretarse que el artículo 97 de la Constitución otorgue una potestad reglamentaria al Gobierno para la pura y simple ejecución de las leyes. Si ese hubiese sido el espíritu de nuestro constituyente lo habría expresado indudablemente de otro modo, mucho más acorde con nuestra tradición constitucional decimonónica. No hay duda de que esa, no obstante, es una labor importante que, todavía hoy y por muchos años, cumple el Reglamento y que dicha labor sigue estando plenamente vigente en nuestro sistema constitucional actual. Pero no es esa la única misión que está llamada a cumplir la norma reglamentaria en el ordenamiento español.

3. La cuestión de la necesidad o innecesidad de habilitación legal para el dictado de reglamentos de organización en base al artículo 97 de la Constitución: La doctrina de Enterría

El autor español que con mayor profundidad y acierto ha desarrollado la teoría de que no es necesaria una habilitación legal para el dictado de reglamentos en materia de organización, puesto que la contenida en el artículo 97 de la Constitución es suficiente pero, en cambio, sí es necesaria esa habilitación legal complementaria para el dictado de normas reglamentarias en el resto de materias es Eduardo García de Enterría.

Coincide Enterría con la teoría del poder reglamentario por naturaleza de Hauriou, aunque el autor español reduce sensiblemente el ámbito de ese poder, englobándolo en lo puramente organizativo. Enterría acepta la existencia de un poder reglamentario propio e independiente, que se justifica en el artículo 97 de nuestra Constitución sin necesidad de habilitaciones especiales. Sin embargo, este poder reglamentario no puede ejercerse sobre cualquier materia, sino que tiene un ámbito natural, que es denominado por

el citado autor como “materia reglamentaria”²⁰⁶ y que lo hace coincidir con el terreno de la organización administrativa.

García de Enterría también toma algunos puntos importantes de su teoría de las construcciones doctrinales alemanas cuando incluye dentro de la materia administrativa aquellas cuestiones que pertenecen al ámbito interno de la administración, a los aspectos organizativos, pero se aparta de ellas cuando otorga pleno carácter jurídico y eficacia general a los reglamentos de organización. Hace coincidir el ámbito de la materia reglamentaria con el campo del Reglamento administrativo y admite que en ese tipo de cuestiones no se necesita habilitación legal. “Pese a todo, la configuración de ese Reglamento administrativo al que se refiere es distinta de la que le correspondía en la doctrina alemana clásica, pues está construida sobre su contenido y no sobre sus efectos exclusivamente internos. No se niega a ese Reglamento carácter jurídico ni su integración en el ordenamiento general. Tampoco está montado sobre su no incidencia en la libertad y la propiedad...En realidad...lo que se recoge es más bien un dominio reglamentario por naturaleza ceñido a la organización administrativa.”²⁰⁷

En el terreno externo a la organización administrativa, García de Enterría se muestra partidario de la necesidad de una habilitación legal específica y concreta para la regulación de todas las cuestiones que no tengan carácter administrativo o, incluso, las que siendo administrativas, inciden en la libertad de los ciudadanos, imponiéndoles obligaciones o deberes. No se puede identificar, en principio, esta postura con la de la reserva legal de intervención, porque para García de Enterría la exigencia de habilitación sólo cubre una parte de lo que queda fuera de la materia reglamentaria, no todo como sucedía en aquella, que, si se recuerda, identificaba reserva de Ley con Ley material, extendiendo la reserva de Ley a todo el espectro de lo jurídico. El problema, y el punto débil de la teoría de García de Enterría, está en el establecimiento de las fronteras entre las dos materias, la administrativa y la no administrativa y, por ende, la delimitación del contenido y las posibles habilitaciones necesarias que deben tener los reglamentos. García de Enterría a la hora de realizar esta operación de deslinde de lo que debe quedar fuera de la materia reglamentaria, acaba identificando este ámbito con el de los reglamentos jurídicos, por lo que se podría decir que acaba aceptando la teoría de la reserva legal de intervención. En cierta medida así es. La única diferencia es que García de

²⁰⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Curso de Derecho Administrativo”, 7ª edición. Madrid 1995, página 189 y ss.

²⁰⁷ REBOLLO PUIG, M.: “Juridicidad...” op. cit., página 43.

Enterría exige norma legal, habilitación, para el dictado de reglamentos jurídicos tanto restrictivos como favorables para los derechos de los ciudadanos, a diferencia de aquella, en la que se consideraba sólo Derecho y, por tanto, se exigían reglamentos jurídicos en cuanto se empeorase la situación jurídica de los ciudadanos. El eminente profesor intenta, no obstante, apoyar sus conclusiones acudiendo a los presupuestos teóricos de la reserva legal de intervención y lo hace a partir del artículo 53.1 de la Constitución, que cubriría de manera general todo lo concerniente a la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, no se puede afirmar que García de Enterría identifique Reglamento jurídico con materias reservadas a la Ley, ni deduzca el ámbito del poder reglamentario de las materias reservadas a la Ley.

En definitiva, para García de Enterría, en un Estado moderno de Derecho las cuestiones básicas y fundamentales del ordenamiento deben ser reguladas por la Ley, dado su fuente de legitimidad debido al órgano del que emana, quedando el Reglamento relegado a una posición secundaria y subordinada a la Ley. En ese sentido, García de Enterría se acerca a la moderna concepción de la reserva de Ley que se tiene hoy en Alemania, en la que una parte importante de la doctrina germana identifica el ámbito necesitado de habilitación legal con las cuestiones políticamente importantes, pasando así la reserva de Ley a ser una especie de reserva de Parlamento.

En toda la concepción de las relaciones entre la Ley y el Reglamento que mantiene García de Enterría están visibles las huellas doctrinales francesas y alemanas. Como apunta acertadamente Rebollo Puig en un atinado resumen de la teoría de García de Enterría, "...en conjunto, esta construcción se asemeja, por la elección de un criterio basado en la materia regulada, a ciertas explicaciones francesas y, por otros elementos y por la terminología empleada, a las alemanas, especialmente las que reconducían la reserva de Ley a la Ley material. No acepta, sin embargo, el fundamento de ninguna de las dos, ni tampoco sus consecuencias: es mucho más restrictiva que las francesas, que admitían, junto al Reglamento autónomo de organización, el de policía, además de los ejecutivos de Leyes sin habilitación; aparentemente, confiere mayores posibilidades a la potestad reglamentaria que las referidas tesis alemanas porque permite dictar a la Administración verdaderas normas jurídicas con relevancia externa general y, particularmente, Reglamentos de organización que no siempre encajarían en el concepto originario de Reglamento administrativo."²⁰⁸

²⁰⁸ REBOLLO PUIG, M.: "Juridicidad..." op. cit., página 47.

La teoría que hemos analizado constituye el intento más serio y desarrollado para intentar poner freno al desmesurado ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del poder ejecutivo que se venía contemplando en el sistema jurídico español preconstitucional y actúa de contrapeso frente a algunos intentos doctrinales por ampliar la esfera de acción de la potestad reglamentaria más allá de lo que puede tolerarse en un moderno Estado de Derecho, regido por la primacía de la norma legal.

La notable influencia que la misma ha tenido entre gran parte de la doctrina y la jurisprudencia es debido, en cierta medida, más a factores de afinidad política e intelectual y de respeto a la figura de quien procede la citada teoría que a la aceptación de todos y cada uno de los postulados que la misma plantea, ya que existen sensibles diferencias entre los autores que siguen esta corriente de pensamiento consistente en ampliar de modo considerable la esfera jurídica necesitada de norma legal y la correlativa reducción de la capacidad normativa del Reglamento.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo fundamentalmente, pero también el Constitucional, aceptan la diferenciación entre reglamentos normativos y reglamentos administrativos que García de Enterría efectúa.

Sin embargo, la distinción expresada es utilizada en ocasiones con finalidades diferentes a las de la teoría de referencia, la cual, como hemos visto, utiliza esa diferenciación para establecer qué tipo de reglamentos necesitan de una habilitación legal, los normativos, y cuáles no, los administrativos. De todos modos, hemos de afirmar que, a pesar de la poco clara línea jurisprudencial en torno a la posible existencia y contornos de la potestad reglamentaria independiente que existe dentro de nuestros Altos Tribunales, si hemos de decir qué línea doctrinal y de pensamiento es la que sirve de base y de criterio de actuación a los mismos, diremos que es a García de Enterría a quien con más vigor reflejan en sus sentencias, aunque, en algunos supuestos, ni la finalidad con la que se acoge ni la aplicación que de la misma se hace ni las consecuencias que se derivan de esa aplicación son las expresamente deseadas por el autor originario de la misma.

4. Imposibilidad de deducir del artículo 97 de la Constitución los límites de la potestad reglamentaria

Todas las construcciones doctrinales referidas en este apartado intentan establecer cuál es la extensión que haya de otorgarse a la potestad reglamentaria del Gobierno dentro del marco constitucional vigente desde

1978 en nuestro país. Asimismo, todas ellas parten de la dicción literal del artículo 97 de la Constitución, que es de donde hay que partir.

Sin embargo, pensamos que del artículo 97 de la Constitución no se pueden extraer los límites de la potestad reglamentaria en nuestro sistema jurídico. Tan sólo se produce en el precepto tantas veces aludido un reconocimiento expreso de potestad reglamentaria en favor del Gobierno, siendo materialmente imposible de la dicción del mismo extraer los ámbitos a los que la misma debe estar referida.

En el mismo sentido se pronuncia Rebollo Puig cuando afirma que "...es necesario reconocer simplemente que en el artículo 97 CE hay una consagración de potestad reglamentaria en favor del Gobierno, pero no señalamiento de sus límites."²⁰⁹

En todo caso, es importante resaltar que el artículo 97 reconoce al Gobierno un poder propio y directo para el dictado de estas normas reglamentarias que tienen eficacia general. Dicho poder, por tanto, no proviene de la delegación que hace el legislativo en el ejecutivo, sino que se encuentra expresamente previsto en la Constitución.

Parece claro que el Reglamento se sitúa en una posición jerárquica inferior a la de la norma legal, lo cual es posible deducirlo directamente del propio artículo 97, cuando establece que la potestad reglamentaria debe ejercerse "...de acuerdo con la Constitución y las leyes." Parece evidente que en el plano de las fuentes, la Constitución se sitúa en primer término y el segundo lugar es para la Ley, siendo el Reglamento el tercer escalón jerárquico en la materias sobre las que puede proyectarse.

5. Conclusiones

1. El artículo 97 reconoce al Gobierno un poder para establecer normas jurídicas de eficacia general. Pero esas normas que puede dictar el Gobierno tienen que respetar unos límites, imposibles de deducir de la simple lectura del 97, sino que los mismos deben ser extraídos del estudio conjunto de diversos factores, entre los que el más importante es el análisis del resto del articulado constitucional, pero no el único que debe ser considerado, pues desde el inicio de este trabajo hemos puesto de manifiesto nuestro inconformismo ante cualquier visión estática y hemos pretendido adoptar un

²⁰⁹REBOLLO PUIG, M.: "Juridicidad..." op., cit., página 59.

enfoque eminentemente dinámico. Pensamos que en el mundo de las humanidades en general y en la disciplina jurídica en particular la situación de las cosas no es posible comprenderla por el punto actual de su estado sino mediante la consideración de su perspectiva histórica, la cual nos aporta una información adicional de indudable valía.

2. Pero no nos podemos conformar, evidentemente, con el análisis del pasado. El pasado sólo nos puede aportar una visión más completa y general, una evolución de los acontecimientos. El análisis más importante es el del presente. Para ello es preciso partir del propio texto constitucional, como hacen todas las doctrinas expresadas. Pero además es preciso analizar otras variables, tales como las corrientes doctrinales y la interpretación que efectúa la jurisprudencia de la relaciones actualmente vigentes entre la Ley y el Reglamento.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGLAMENTO INDEPENDIENTE EN ESPAÑA DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. Introducción

Hemos defendido con anterioridad la existencia de reglamentos independientes en el ordenamiento español tras la aprobación de la Constitución de 1978, puesto que el principio de legalidad que la misma acoge no debe ser entendido en el sentido de instaurar una reserva absoluta en favor de la Ley.

Existe, eso sí, una primacía y superioridad de la norma legal. Pero la vinculación de la Administración Pública a la Ley no es siempre una vinculación positiva entendida en el sentido de la imposibilidad de actuar por parte de la Administración si no se sujeta a una norma con rango de Ley, ya que la Constitución en su artículo 97 atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno y este, por tanto, puede ejercitarla directamente, sin necesidad de habilitación legal para regular materias que, o bien no se reservan a la regulación legal por la propia Constitución, es decir, no existe una reserva material sobre las mismas, o bien no están reguladas de hecho por una norma con rango de Ley, es decir, tampoco existe una reserva formal.

Sin embargo, una vez afirmado lo anterior no podemos desconocer que, en la inmensa mayoría de las ocasiones la actividad que lleva a cabo la Administración debe estar sujeta a la Ley como consecuencia de los límites impuestos por los dos principios enunciados, reserva material y reserva formal, lo cual no es óbice para reconocer que en otros casos, los menos, es posible que la Administración efectúe una regulación de una materia no sujeta a la Ley.

Pues bien, una vez aceptada la posibilidad de que el Reglamento independiente despliegue sus efectos sobre nuestro ordenamiento jurídico, pasaremos a analizar el régimen jurídico que el mismo tiene dentro del sistema y los ámbitos concretos sobre los que puede incidir.

2. Las reservas de Ley en la norma constitucional

Sin duda es la cuestión más difícil de dilucidar. Existen grandes diferencias doctrinales en torno a las materias sobre las que se puede proyectar el Reglamento independiente. Lo único que parece claro y en lo que prácticamente todos los autores coinciden es que todo ámbito reservado a la

Ley impide el Reglamento independiente. En esas materias el Gobierno necesita de la habilitación de una norma previa con rango de Ley formal para poder entrar a desarrollar la materia, siempre de una manera secundaria y complementando, desarrollando las previsiones contenidas en la norma legal aprobada previamente.

Parece igualmente claro que, en virtud del principio de jerarquía normativa, las materias que ya están reguladas de hecho por una norma con rango de Ley no pueden dictarse reglamentos que se opongan o que regulen de nuevo, de una manera independiente la materia de que se trate, aunque la Constitución no haya establecido ninguna reserva material sobre ellas, como ya hemos apuntado en otros lugares con anterioridad. Se produce en esos ámbitos la famosa congelación de rango.

Para que se abra la posibilidad de actuación al Reglamento en ese tipo de materias es necesario que una norma con rango de Ley, es decir, con el mismo rango normativo que la norma que venía regulando estas cuestiones anteriormente prevea esa posibilidad y, con apoyo en el principio general del Derecho de que la Ley posterior deroga la Ley anterior, habilite al Reglamento para entrar a regular esas cuestiones, produciéndose así una deslegalización de la materia.

Sin embargo, los reglamentos que por esta vía se dictasen no serían reglamentos independientes, que son, como sabemos, los que no necesitan habilitación legal para ser dictados. Por el contrario, tendrían, en buena lógica, que ser calificados y considerados como reglamentos ejecutivos al traer como causa la habilitación que la norma legal ha efectuado en favor de los mismos. Y ello a pesar de que por su contenido podrían ser calificados como reglamentos independientes, ya que, normalmente, efectuarán una regulación no sujeta de una manera efectiva a la Ley que les habilite para entrar a regular la materia de que se trate.

Si estas dos primeras puntualizaciones están bastante claras entre los distintos autores que se han acercado a estudiar la materia, a partir de aquí las opiniones derivan hacia derroteros bien distintos cuando se intenta efectuar una delimitación más o menos sólida acerca de cuál deba ser el ámbito de materias que requieren constitucionalmente una Ley con carácter previo, es decir, cuando se trata de delimitar el ámbito de la reserva de Ley.

La metodología utilizada por nuestra Constitución no ayuda demasiado a clarificar las cosas. Las alusiones a las materias que necesitan ser reguladas en primera instancia por una norma con rango de Ley son constantes a lo largo del articulado.

Podemos, no obstante, intentar clasificar las materias que la Constitución reserva a la Ley agrupándolas por bloques de materia con sustantividad propia y común. En este sentido nos parece especialmente interesante la clasificación que Baño León ofrece al respecto.²¹⁰ Clasifica el citado autor las numerosas reservas de Ley que la Constitución establece afirmando que:

“En la Constitución española encontramos:

- a) Reserva de ley para toda la actividad pública que regule derechos fundamentales. Es la parte más sustancial de la reserva. En ella se encuentran recogidas reglas esenciales: reserva de ley penal, reserva de ley tributaria, derecho al proceso, libertades públicas, etc. (Título I, Capítulo II, Sección 1ª, artículo 133).
- b) Reserva de ley presupuestaria...(artículos 133,4 y 134)
- c) Reserva de ley orgánico-institucionales de la actividad administrativa: todas las cuestiones nucleares del Derecho administrativo están reservados por la Administración a la ley:
 - La organización de la administración del Estado, así como la estructura básica de Comunidades Autónomas y Administración Local (Artículos 81, 103.2, 140, 141, 142, 147.1).
 - El procedimiento administrativo (artículo 105).
 - El régimen de sus bienes y derechos (artículo 132).”

²¹⁰ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 193.

3. Carácter acorde a nuestra tradición histórica de las reservas de Ley que se prevén en nuestra Constitución

Destacábamos anteriormente lo interesante de la clasificación de Baño en torno a las materias reservadas a la Ley por nuestra norma constitucional. Y precisamente esa agrupación por bloques homogéneos de materias nos parece ese calificativo de interesante porque nos permite ver cómo la Constitución protege, reserva a la regulación legal las materias que han sido objeto constantemente de este tipo de reservas a lo largo de nuestra historia constitucional.

Por tanto, la Constitución española de 1978 coincide con nuestros textos constitucionales históricos a la hora de establecer las materias que deben ser objeto de regulación por Ley, por lo que podemos decir que es fuerte la carga histórica que nuestra Constitución actualmente vigente recibe en esta materia.

3. 1. Reserva de Ley en materia de derechos fundamentales

Si nos detenemos de nuevo en la enumeración por bloques que propone Baño, podemos ver cómo se enuncia en primer lugar el grupo de materias en las que está en juego algún derecho fundamental. Dice además el citado autor que este tipo de reserva constituye la parte más sustancial de la materia. Es evidente que dicha afirmación es difícil de rebatir, puesto que como apuntábamos en el apartado correspondiente, es precisamente este ámbito de los derechos fundamentales el que inspiró la institución de la reserva de Ley como forma de proteger los derechos individuales de los ciudadanos en la Alemania del siglo XIX, dominada por la confluencia del principio monárquico al lado del democrático.

Como vimos en aquel momento, la reserva de Ley en materia de derechos fundamentales derivó en la más general fórmula de protección de la libertad y la propiedad. Todo aquello que afectase a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos debía ser regulado por una norma con rango de Ley y estaba, por consiguiente, sustraído a la competencia del Monarca. En definitiva estaba sustraído a la potestad reglamentaria que ostentaba el poder ejecutivo para regular determinado tipo de materias, las cuales se circunscribían al ámbito interno del Estado, que era considerado como ámbito extrajurídico y que venían a coincidir con todo lo referente a la organización.

En España, como vimos, se importa esta institución germánica de la reserva y se proyecta sobre ámbitos parecidos a los que se contemplaban en el país teutón. Se ve esta influencia en los textos constitucionales del siglo XIX, en los que el progresivo reconocimiento de los derechos en los textos constitucionales se supedita a la regulación y desarrollo que de los mismos haga la Ley.

3. 2. Reserva de Ley en materia presupuestaria

Otro de los ámbitos típicos sobre los que se proyecta la reserva de Ley en nuestro constitucionalismo histórico es el de la materia presupuestaria. Ya desde la Constitución de Cádiz se regula este tipo de reserva y puede decirse que la exclusividad de la Ley a la hora de regular este tipo de cuestiones es incluso anterior a la protección mediante la institución de la reserva de los derechos de la persona, ya que estos empiezan a ser reconocidos por el Derecho público a raíz del triunfo de la Revolución francesa y sólo se consolidan como auténticos derechos subjetivos frente a los poderes públicos en el siglo XIX.

Sin embargo, la materia presupuestaria ya desde la edad media la materia presupuestaria es objeto de una especial atención que se traduce en la imposición al monarca de la necesaria aprobación de todo lo referente a la misma por parte de las Asambleas, debido a los pactos que desde aquella remota época se establecieron entre estas y aquel y que, como sabemos, consistía en la aceptación por parte de las Asambleas de contribuir a los gastos del Estado por medio de contribuciones a cambio de un poder político de representación y control de la actividad del monarca. El pacto se extendía a toda la materia tributaria en general y el no cumplimiento o no aceptación de esa fórmula consuetudinaria de colaboración entre los dos estamentos más poderosos de la época, conllevaba consecuencias importantes. Recuérdese cuál es el origen de la guerra de la independencia norteamericana.

Actualmente la reserva de Ley en materia tributaria y materia presupuestaria se encuentra regulada en los artículos 133 y 134 respectivamente de nuestro texto constitucional, el cual no deja lugar para la duda acerca de la necesidad de que sea la Ley la que se pronuncie en primer término en este tipo de materias. Al Reglamento sólo le queda en este terreno complementar los predicamentos legales en materia tributaria, sin que pueda entrar a regular ninguna cuestión sustantiva referente a cualquier elemento relevante del tributo. El Reglamento que se dicte en desarrollo de la Ley que crea o establece el tributo será un

Reglamento ejecutivo a todas luces, ya que no puede efectuar una regulación ex novo de la materia ni salirse de los límites que le marca la norma legal creadora del tributo.

Normalmente estará referido a aspectos formales de implantación desde un punto de vista práctico de la figura tributaria.

3. 3. Reserva de Ley orgánico-institucional de la actividad administrativa

Esta es otra de las reservas de Ley características, aunque esta no haya llegado a adquirir la importancia que hoy en día posee hasta tiempos muy recientes, ya que en el siglo pasado se consideraba que la materia de la organización administrativa no poseía carácter jurídico. Era algo que se encontraba intramuros del Estado y, por tanto, no afectaba a los ciudadanos. Hoy en día, sin embargo, no se duda del carácter jurídico de las normas de organización, las cuales pueden afectar a los ciudadanos de muchas maneras, por lo que se reconoce en favor de estos la legitimación necesaria para poder actuar en cuanto se vean perjudicados de alguna forma por este tipo de normas. Lo que no sucederá es que sea vean afectados derechos subjetivos de los ciudadanos. Pero si pueden verse perjudicados los intereses legítimos de alguno de ellos.

El artículo más relevante de nuestra Constitución en esta materia, el que nos confirma el reconocimiento del carácter jurídico de estas normas es el artículo 103.2, que establece que “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.”

La previsión constitucional de reservar a la Ley la regulación de este tipo de cuestiones demuestra el grado de preocupación que sentía nuestro constituyente a la hora de tratar la materia referente a la organización administrativa y a todas las cuestiones nucleares del derecho administrativo, como el procedimiento o el régimen de los bienes y derechos pertenecientes a las diferentes administraciones públicas. Preocupación que se acrecentaba al tener en cuenta que se estaba constitucionalizando el nacimiento de una pluralidad de entes administrativos con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para la defensa de sus respectivos intereses, lo que daría lugar, sin duda, a la aparición de un abundante número de nuevos órganos administrativos y a un aumento considerable de la cantidad de reglas de organización que disciplinasen y coordinasen todos esos entes, por lo que se hacía aconsejable

que fuese la Ley la que se pronunciase sobre esas cuestiones, a modo también de establecimiento de un límite sustantivo a los numerosos cambios que podían producirse en la materia, atribuyendo a un sólo órgano, el Parlamento, la competencia para estudiar y aprobar esas modificaciones.

Si las intenciones eran las de reservar a la Ley la regulación de ese tipo de cuestiones, pronto se encontró la vía para salvar ese escollo que suponía el que fuese el Parlamento el que se tuviese que pronunciar en todo caso sobre estos asuntos. En un primer momento se intentó por la vía de dictar Decretos, de 4 de julio de 1977 y 5 de abril de 1979, en los que se atribuían competencias al Gobierno para proceder a organizar la Administración general del Estado a espaldas de la reserva de Ley que se contenía en el artículo 103 de la Constitución. Ante lo escandaloso de esa situación, que infringía el espíritu constitucional e invalidaba desde la puridad jurídica los actos que a resultas de los mismos se dictasen,²¹¹ se modificó el *modus operandi* y, a partir de 1985, en las diferentes Leyes anuales de Presupuestos se fue consolidando la práctica de autorizar al Gobierno a crear, modificar o suprimir mediante Decreto los órganos administrativos que considerase conveniente. Esto estaba pensado más para los departamentos ministeriales, y trae como causa la previsión que se contenía en el artículo 11 de la Ley 10/1983 de organización de la Administración Central del Estado, puesto que para los órganos inferiores el artículo 12 del mismo texto normativo decía que la creación, modificación, refundición o supresión de las Secretarías de estado, Subsecretarías, Secretarías generales con rango de subsecretarías, Direcciones Generales, Subdirecciones Generales y órganos asimilados, se realizará a iniciativa del Departamento o Departamentos interesados y a propuesta del Ministro de la Presidencia, mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, por lo que el panorama que se producía era el de una auténtica deslegalización de la materia, pudiendo crearse, modificarse o suprimirse órganos tan importantes como los mencionados mediante Decreto, que no tendría en puridad, la consideración de Reglamento independiente al estar habilitado por la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

²¹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: "Reserva y autorreserva legales en materia de organización de la Administración del Estado". RAP (92), 1980; también J. Barcelona Llop: Principio de legalidad y organización administrativa, en Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1991.

La recientemente aprobada Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE en adelante) ha venido a paliar, siquiera sea formalmente, esta situación de dudosa constitucionalidad.

La LOFAGE establece en su artículo 6 que son órganos superiores los Ministros y los Secretarios de Estado y que son órganos directivos los Subsecretarios y Secretarios Generales, los Secretarios generales técnicos y Directores Generales y los Subdirectores Generales. Por su parte, el artículo 8 establece que la determinación del número de Ministerios y de Secretarías de Estado, que son los órganos superiores, su denominación y el ámbito de sus competencias se establecerá por Real Decreto del Presidente del Gobierno, figura nueva que será confirmada y desarrollada en el artículo 25 de la recientemente aprobada Ley del Gobierno.

En cuanto a los órganos directivos, el artículo 10, en su apartado primero, dice que su creación, modificación o supresión se efectuará por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas.

En el apartado segundo del artículo 10 de la LOFAGE se dice que los órganos de nivel inferior a subdirección general se crean, modifican y suprimen por Orden del Ministro respectivo, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas.

Esto por lo que hace referencia a la Administración General del Estado, donde, como vemos, se salva la legalidad formal, pero sigue existiendo una deslegalización material en favor del Reglamento en materia de organización.

En las diferentes Comunidades Autónomas no existe una uniformidad a la hora de regular esta materia. Pueden resumirse las opciones elegidas por las mismas en dos. En algunos Estatutos encontramos la previsión de que la creación, modificación o supresión de órganos administrativos hasta un determinado nivel orgánico debe hacerse mediante Ley, idéntica a la establecida en la Constitución e igualmente salvada por el mismo procedimiento. En otros Estatutos se salva la necesidad de que sea la Ley la que regule la creación, modificación o supresión de los órganos administrativos, siempre que dichas alteraciones no supongan un aumento del gasto público. Si suponen aumento del gasto público sí debe ser la Ley la que autorice esa modificación orgánica.

Si no es así, bastará con un Decreto del Consejo de Gobierno o del propio Consejero, dependiendo del nivel orgánico.

Otra de las reservas interesantes que se recogen en la Constitución dentro de este bloque que Baño León denomina reservas orgánico-institucionales es la que se refiere al procedimiento administrativo, reserva prevista en ella artículo 105.

La previsión es consecuencia de los límites que se le imponen a la Administración a la hora de actuar, los cuales vienen determinados desde el punto de vista formal por el respeto al procedimiento legalmente previsto, como garantía para el ciudadano frente a la maquinaria administrativa, que no podrá actuar arbitrariamente sino conforme a unas reglas de juego previstas con anterioridad y conocidas, o al menos cognoscibles, por los ciudadanos.

3. 4. Reservas de Ley orgánica

Importante es reseñar también la imposibilidad de que se dicten reglamentos independientes en las materias reservadas a la Ley por el artículo 81 de la Constitución, que pueden considerarse también reservas de carácter orgánico-institucional, imponiendo la necesidad de que sea una Ley la que regule las materias que en dicho artículo se enumeran. Además ha de ser una Ley orgánica la que se pronuncie en este tipo de cuestiones, por lo que se entiende que existe un interés prevalente digno de ser protegido, intentando en ese tipo de materias obtener un mayor consenso político a la hora de regular esos ámbitos reservados a la Ley orgánica que, precisamente, lo que le diferencia formalmente de la Ley ordinaria es el distinto porcentaje que se requiere para poder ser aprobada o modificada en el Parlamento, rigiéndose las relaciones entre las mismas por el principio de competencia y no por el de jerarquía, como defiende parte de la doctrina.

Como podemos observar al leer detenidamente el artículo 81 de la Constitución, las materias objeto de reserva de Ley orgánica son trascendentales y afectan al núcleo duro del Estado de Derecho.

Las materias concretas que nuestra Constitución reserva a la Ley orgánica son:

- Los derechos fundamentales y la libertades públicas, sobre lo que ya tuvimos ocasión de comentar más arriba que era el ámbito más importante de la reserva de Ley en nuestra Constitución, en consonancia y respondiendo al más rancio carácter histórico de la institución. Además del artículo 81, el artículo 53.1 se refiere también a la necesidad de que sea la Ley la que regule la materia referente a los derechos fundamentales y libertades públicas que se reconocen en la Constitución, Ley que en todo caso debe respetar el contenido esencial de los mismos. No es que exista redundancia entre ambos preceptos, el 53.1 y el 81, sino que el 53 sustantiva la reserva de Ley en la materia y el 81 la adjetiva diciéndonos qué tipo de Ley debe ser la que se promulgue en ese ámbito.²¹²

Nótese que lo que el artículo 53.1 reserva a la Ley no es toda la regulación que afecte a algún derecho fundamental. Si así lo hiciese, estaría acogiendo casi una reserva absoluta de Ley, puesto que prácticamente todas las materias inciden en mayor o menor medida sobre algún derecho fundamental y ello supondría dejar vacía de contenido la potestad reglamentaria reconocida al Gobierno por el Artículo 97.

Lo que el artículo 53.1 establece es que debe ser una Ley, que el artículo 81 impone que tenga el carácter de orgánica, la que regule, al menos, el contenido esencial de los derechos que se reconocen, sin que sea necesario que regule todo lo referente al derecho en si mismo, por lo que la regulación que efectúe la Ley puede ser desarrollada y completada por vía reglamentaria.

- La aprobación de los Estatutos de Autonomía es otra de las cuestiones que debe ser regulada por una ley orgánica. Las Comunidades Autónomas tienen garantizada por la Constitución autonomía para la gestión de sus respectivos intereses en el artículo 137. Dicha autonomía es una autonomía política y no simplemente administrativa como la que gozan las entidades locales y llega al punto de poder autoorganizarse, eligiendo sus propias instituciones de autogobierno. Pero la aprobación final de los Estatutos que rijan la vida

²¹² Véase acerca de la reserva de ley establecida en el artículo 53 de la Constitución los comentarios que dentro del trabajo más general sobre los Derechos Fundamentales y la Constitución realizaron los profesores I. De OTTO y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en el que excluyen la aplicación del artículo 53 en cuanto al respeto del contenido esencial a las específicas reservas de Ley que no se refieren a derechos fundamentales o libertades públicas que existen en algunos de los preceptos del Capítulo II del Título I, que es el protegido por la reserva del 53.1. Asimismo postulan la no incidencia del artículo 53.1 en las garantías institucionales previstas en el citado Capítulo II, Título I. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. De OTTO Y PARDO: "Derechos fundamentales y Constitución". Madrid 1988, páginas 97 y ss.

política de las distintas comunidades deben ser aprobados por Ley orgánica estatal por ser el Parlamento de la Nación el único que representa el interés general y debe velar por la indisoluble unidad de la Nación española, convirtiéndose en el garante de la misma y protegiendo la Soberanía Nacional de la que el pueblo español decidió dotarse mediante referéndum.

- El régimen electoral general, por ser una materia muy sensible que no puede ser dejada en manos de los sucesivos gobiernos que alcanzan el poder en un momento concreto, ya que podría surgir la tentación de manejar con fines partidistas la forma de elección y representación de los ciudadanos. Por este motivo es absolutamente imprescindible la regulación del régimen electoral por una Ley orgánica, sin que le quepa mucho margen al Reglamento, en todo caso ejecutivo, en esta materia. Tan sólo será posible contemplar aquí la norma reglamentaria para regular cuestiones de detalle, absolutamente secundarias.
- Las demás previstas en la Constitución. Cajón de sastre que debe ser completado con las específicas reservas de Ley orgánica que podemos encontrar a lo largo del articulado y que hacen referencia a las instituciones básicas del Estado, como el Poder judicial, la regulación de la institución del Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas o el Tribunal Constitucional. Los reglamentos que pudieran dictarse en esos ámbitos sólo podrían completar las previsiones que las leyes orgánicas hiciesen, estando el Reglamento independiente absolutamente proscrito en estas materias.

3.5. El reflejo de la cláusula libertad y propiedad en la Constitución española de 1978 Señala Baño León que "...la Constitución no se basa únicamente en la clásica concepción de la reserva de ley como cláusula de garantía de la propiedad y la libertad. Pero no la excluye. Lo que hace es enriquecer las materias reservadas a la ley, incorporando a la concepción tradicional (intervenciones ablativas en la libertad y en la propiedad), nuevas perspectivas."²¹³ Con esta idea, Baño rechaza la teoría de De Otto, quien sostiene que el Reglamento independiente sólo está excluido en las materias que la Constitución específicamente reserva a la Ley y que, por tanto, en el resto de materias no reservadas, sobre todas aquellas cuestiones que la Constitución no reserva expresamente a la Ley, el Reglamento puede cobrar virtualidad práctica. De Otto niega la existencia de una cláusula general de reserva de Ley para la protección de la libertad y la propiedad.²¹⁴ Las nuevas perspectivas a las que hace alusión Baño como integrantes de la reserva de Ley en materia de derechos fundamentales se refieren, por un lado a la incorporación de derechos nuevos que la doctrina clásica de la reserva de Ley no ampara, como el derecho a la educación entre otros. Este derecho se consagra definitivamente con la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, en el que cobra plena vigencia, sin que fuera contemplado en modo alguno como integrante de los derechos fundamentales en la concepción liberal predominante en el siglo XIX.

Por otro lado, las nuevas perspectivas también se concretan en el reconocimiento y protección frente a los poderes públicos dentro de la esfera de la reserva de Ley de otros derechos de contenido prestacional. Por ejemplo el derecho a la promoción y protección, tanto desde un punto de vista preventivo como desde un punto de vista paliativo de la salud que se contiene en el artículo 43.2 y que impone al legislador el dictado de una norma con rango de Ley que sea la que establezca los derechos y los deberes de todos los ciudadanos al respecto. Como vemos, hacemos referencia aquí a otra de las materias sobre las que el Estado liberal no interventor del siglo XIX no se preocupaba en exceso. El derecho de los ciudadanos a una sanidad pública de garantías promovida por los poderes públicos se enmarca de nuevo en el contexto creado por el Estado Social y Democrático de Derecho que se consolida en la segunda parte del siglo XX como forma superadora de las deficiencias económicas y sociales del Estado liberal burgués. Son justamente estos dos sectores, el de la educación y el de la sanidad los que de una manera

²¹³ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op. cit., página 197

²¹⁴ Véase I. De OTTO Y PARDO: "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes". Editorial Ariel. Barcelona 1987.

más clara expresan los cambios que se han producido en la forma de maniobrar por parte del Estado en los últimos tiempos, produciéndose, todavía hoy, enfrentamientos ideológicos entre las dos corrientes políticas mayoritarias actualmente: la socialdemocracia, que defiende una mayor intervención pública en todos los ámbitos de la vida económica y social para corregir las insuficiencias del mercado, redistribuyendo y asignando de una manera más equitativa los recursos, abogando por una mayor presencia pública en la educación y en la sanidad, al ser sectores que generan externalidades positivas para la Sociedad.

En otra línea de pensamiento se sitúa el neoliberalismo, heredero de algunas de las concepciones vigentes en el siglo pasado y que defiende una menor intervención pública en la vida económica y social, limitándose a crear las condiciones propicias para que sea la iniciativa privada la que asuma el peso de la generación de la riqueza, preocupados por adelgazar el sector público y sus cifras en aras a la disminución de la presión fiscal que soportan los ciudadanos.

3.6. La operatividad del Reglamento independiente en estas materia. Lo cierto es que pocas posibilidades tiene de actuación el Reglamento independiente en el ámbito de materias reservadas a la Ley en los artículos pertenecientes al Capítulo II del Título I, puesto que a las reservas específicas que se contienen en cada artículo concreto, se añade la reserva general que impone sobre todos los derechos reconocidos en ese Capítulo el artículo 53.1, el cual permite extender la necesidad de regulación por Ley más allá del ámbito determinado por cada una de las reservas particulares, incluyendo "...toda afectación en la libertad o en el patrimonio que no está expresamente prevista en la reserva específica."²¹⁵ En apoyo de esta concepción de la cláusula de la reserva puede citarse también la interpretación conjunta del artículo 53 y el artículo 1, que consagran el libre desarrollo de la personalidad y la libertad como valores superiores del ordenamiento, por lo que no podemos sino estar de acuerdo con Baño cuando afirma que la Constitución no acoge la vieja cláusula alemana de la propiedad y la libertad, atada al principio monárquico y a la separación entre Estado y Sociedad, cuestiones hoy superadas, sino que "se trata de reconocer un principio capital del pensamiento jurídico occidental que sin duda estaba en el ánimo del constituyente recoger, un principio que aparece ya consagrado en la declaración de Derechos de la Revolución Francesa...Parece innegable el reconocimiento de una reserva a la Ley de todos los ámbitos que afectan a la libertad del individuo."²¹⁶

Pensamos, por tanto que, al configurarse la libertad como un principio estructural de nuestro sistema, las materias que afecten al ámbito de libertad de los ciudadanos no pueden dejarse en manos de la Administración para que efectúe una regulación independiente de la materia sin el pronunciamiento previo de la norma legal, la cual debe tener en todo caso un respeto por el contenido esencial de cada derecho que afecte a la libertad de los individuos, es decir, la reserva de Ley en estas materias debe considerarse como intensa, sin que puedan otorgarse cheques en blanco, deslegalizando estos ámbitos para que la Administración pueda entrar a regular la materia de manera independiente.

²¹⁵ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op. cit., página 198.

²¹⁶ *Ibidem*..., página 199.

4. Los ámbitos sobre las que puede operar el Reglamento independiente

4. 1. Introducción

Si hemos hecho referencia en primer lugar a las materias en las que no pueden dictarse reglamentos independientes por ser ámbitos cubiertos por una reserva de Ley, reserva que puede considerarse como de general alcance en cuanto afecta a todas aquellas cuestiones que puedan incidir en la libertad de los ciudadanos, pasaremos ahora a analizar aquellos otros ámbitos que se han considerado tradicionalmente proclives a la aceptación de regulaciones independientes por parte de la Administración Pública.

Es evidente que la delimitación de la esfera que abarca la reserva de Ley en nuestro ordenamiento constitucional nos ayuda a definir de una manera negativa las materias sobre las que no puede actuar el Reglamento independiente. Sin embargo, para poder completar el estudio es necesario examinar si los ámbitos habituales sobre los que se tiene la tradición de dictar normas reglamentarias independientes pueden seguir gozando de esa secular forma de regulación o si, por el contrario, tras la aprobación de la Constitución de 1978 deben considerarse fuera del alcance de la norma reglamentaria independiente y exigen también el pronunciamiento previo del legislador.

4. 2. El Reglamento independiente en el ámbito organizacional

La esfera jurídica organizacional ha sido uno de los ámbitos en que se ha considerado tradicionalmente como propio para el dictado de reglamentos independientes. Como ya hemos apuntado en algún otro lugar de este estudio, desde los primeros pasos del Estado de Derecho se consideró el ámbito interno de la organización administrativa como un campo carente de relevancia jurídica porque no afectaba a las relaciones entre el poder y los ciudadanos.

Ninguna trascendencia podía tener para el ciudadano el que los órganos pertenecientes a la Administración Pública se organizaran de uno u otro modo, puesto que este era un ámbito puramente interno del propio Estado y, en virtud del poder de autoorganización para la mejor defensa del interés general, este podía organizarse como mejor sirviese ese interés general.

Sin embargo, en la actualidad es comúnmente aceptado el carácter jurídico de las normas de organización, al considerarse que, si bien es posible que el

ciudadano no tenga en la mayoría de los supuestos un interés directo en la creación, modificación o supresión de órganos administrativos, sí que tendrá en muchos casos un interés legítimo digno de protección.

El tema se halla regulado en nuestra Constitución en el artículo 103, el cual ha establecido una reserva de Ley en el ámbito organizacional por lo que hace referencia a la creación de órganos administrativos. También se prevé en este contexto una reserva específica en el artículo 128 para la creación de servicios públicos que supongan el establecimiento de un monopolio en torno a los mismos, por lo que la creación de este tipo, no de órganos, pero sí de empresas adscritas al sector público está también reservado a la Ley.

En base a estas previsiones constitucionales, podemos afirmar que el ámbito de la organización se encuentra en nuestro sistema jurídico reservado a la Ley y, por tanto, sustraído a la regulación mediante reglamentos independientes. Y eso a pesar de que la fórmula utilizada es la de deslegalizar las materia por la vía de autorizar al Gobierno o a su Presidente en una norma con rango de Ley, las leyes anuales de presupuestos hasta hace bien poco y la LOFAGE ahora, la posibilidad de dictar normas que creen, modifiquen o supriman órganos u organismos públicos, con lo que la legalidad queda salvada, no así el espíritu constitucional expresado en el artículo 103 o 128, a pesar de que tras la promulgación de la LOFAGE puede afirmarse que la legalidad queda mejor parada en este aspecto. En definitiva, las previsiones iniciales en materia organizativa y por lo que se refiere a los órganos superiores de la Administración pública, deben estar contenidas en una norma con rango de Ley si se quiere respetar la previsión constitucional contenida en el artículo 103,2.

Por lo tanto y para concluir con este apartado, debemos decir, por una parte, que las normas de organización tienen un evidente carácter jurídico, refrendado por nuestra norma constitucional al establecer específicas reservas materiales de Ley para el tratamiento de estas cuestiones y, en segundo lugar, que como consecuencia de lo anterior, no pueden dictarse reglamentos independientes en materia organizacional después de la aprobación de la Constitución de 1978, señalando a este respecto que el *modus operandi* con el que se incide en la regulación de esta materia es poco respetuoso con la dicción literal de la Constitución, aprobándose en la práctica normas con escasa sujeción material a la Ley, pero que no pueden ser consideradas desde un punto de vista técnico como independientes, al estar habilitadas por una norma con rango de Ley, sino que más bien habría que reconducirlas a la figura jurídica de la deslegalización,

lo que tampoco es respetuoso con el espíritu constitucional, puesto que, como tiene reiteradamente dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la deslegalización encuentra su límite, precisamente, en las materias reservadas materialmente por la Constitución a la Ley. La LOFAGE ha venido a paliar de alguna manera esta irrespetuosidad constitucional. Sin embargo, consideramos insuficientemente cubierta la reserva material de Ley en el ámbito organizativo prevista en el artículo 103.2 de la Constitución con las previsiones allí contenidas, ya que la norma legal debe tener un contenido material mayor en este terreno, con previsiones claras que indiquen la forma y manera en que pueden crearse, modificarse o suprimirse órganos administrativos, dejando posteriormente al Reglamento el desarrollo de dichas previsiones, Reglamento que no sería ya en ningún caso independiente, ni siquiera materialmente independiente, sino ejecutivo.

4. 3. El Reglamento independiente en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción

Este campo de las relaciones especiales de sujeción presenta algunos puntos de conexión con el anteriormente descrito de la organización, ya que hasta hace relativamente poco tiempo se consideraba como incluido también dentro del ámbito interno administrativo, siendo muy recientes las corrientes doctrinales que destapan el velo y los mitos de las relaciones especiales de sujeción.²¹⁷

Harto elocuente en este sentido es la postura que al respecto sostiene Baño León, quien afirma de manera categórica la imposibilidad de la existencia de reglamentos independientes en el ámbito tradicionalmente descrito como propio de las relaciones especiales de sujeción y extrae tres conclusiones importantes en torno a esta categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción, negando incluso la existencia de tal categoría.

²¹⁷ Véanse los trabajos de A. JIMÉNEZ BLANCO: "Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo". La Ley. Madrid 13-5-1988; R. GARCÍA MACHO: "En torno a la garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción". REDA (64), 1989; A. GALLEGU ANABITARTE: "Relaciones de sujeción y principio de legalidad de la Administración". RAP (34), 1961 ó en el ámbito crediticio J. M. MICHA VILA NUÑEZ: "Relación especial de sujeción en el Estado de derecho y sector crediticio". REDA (54), 1987.

Para Baño León:

“1.º No puede hablarse sin faltar al rigor de una categoría jurídica denominada relaciones especiales de sujeción, porque no hay ningún mínimo común denominador en estas relaciones que permita construir un régimen jurídico peculiar.

2.º La regla general es que en cada una de las llamadas relaciones especiales de sujeción rige la reserva de ley.

3.º A veces se emplea el calificativo de relaciones especiales de sujeción a relaciones que no tienen jurídicamente nada de especial.”²¹⁸

Con estas tres afirmaciones, el citado autor quiere dejar bien sentado que “...cada una de las relaciones especiales de sujeción responde a una problemática jurídica peculiar” y que “...el concepto de relación especial es puramente descriptivo, no tiene un valor jurídico.”²¹⁹

Nosotros añadiremos que lo que caracteriza a las relaciones de especial sujeción es, precisamente, una mayor intensidad en la relación jurídica entre las dos partes de la misma, con el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de unas posibilidades o prerrogativas mayores en favor de una de las dos partes de esa relación, la parte que representa la Administración Pública.

Pues bien, en todo ese tipo de relaciones, aparte de que el reconocimiento de esas prerrogativas tiene que ser expresado por la Ley, debe hacerse un ejercicio de las mismas respetando escrupulosamente los derechos de los sujetos que conforman la parte pasiva de la citada relación de sujeción especial, sin que se vea la necesidad por parte de la Administración de acudir a fórmulas distintas a las previstas para el resto de relaciones generales que mermen las garantías y los derechos de la otra parte aduciendo cualquier motivo en defensa del interés público, puesto que el interés público es perfectamente defendible desde las fórmulas generalmente establecidas.

Lo importante que debemos resaltar en este momento, por tanto, es que la reserva de Ley que se extiende sobre todo este ámbito de materias no puede producir una disminución de las garantías de los ciudadanos por la vía de acudir a la teoría de las relaciones especiales de sujeción, desde el punto de vista de los ciudadanos o de especial supremacía desde el punto de vista de la

²¹⁸ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 207.

²¹⁹ *Ibidem*...

Administración, para la defensa del interés general. El problema en este campo de nuestro ordenamiento viene dado porque tanto nuestro Tribunal Constitucional como también nuestro Tribunal Supremo han dejado una “espita abierta”, como señala Baño León,²²⁰ a la vieja doctrina de las relaciones especiales de sujeción, al ser poco diligentes en la exigencia de la Ley previa en este tipo de materias englobadas dentro de ese ámbito.

Es, por tanto, deseable y, por supuesto, exigible de nuestros más altos tribunales la adopción de una mínima determinación legal no exenta de contenido material a la hora de efectuar el pronunciamiento previo en este tipo de cuestiones para que así pueda darse cumplimiento a lo establecido en la Constitución y reforzar las garantías de los ciudadanos en ámbitos donde se hace necesario equilibrar la posición jurídica de ambas partes mediante el respeto a este tipo de garantías, ya que la actuación de los poderes públicos tiene reconocidas unas prerrogativas mayores, lo que puede dar lugar a abusos injustificados en el ejercicio de esas potestades.

En apoyo de todo lo dicho podemos traer aquí la conducta legislativa seguida en nuestro país en los últimos años. El legislador, preocupado por dar cumplimiento a la reserva de Ley que opera sobre estas materias ha aprobado en los últimos tiempos numerosas normas con rango legal que vienen a cubrir esa reserva material de Ley impuesta por nuestra Constitución.

Si nos fijamos en las específicas reservas de Ley que podemos encontrar en nuestra Constitución con incidencia en materias tradicionalmente encuadradas dentro de la teoría de las relaciones de sujeción especial, nos damos cuenta como la totalidad de las mismas están cubiertas bien de manera directa o indirecta por una reserva material de Ley. Así, la relación penitenciaria encuentra su regulación constitucional en el artículo 17.1, que somete a la Ley todas las formas de privación de libertad, lo que se cumple en la práctica al regularse la misma en diversas normas con rango de Ley, como son la Ley General Penitenciaria, La Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley que regula el procedimiento del Habeas corpus, etc.

También existe reserva de Ley en otro de los terrenos tradicionales de operación de las relaciones de sujeción especial, como es la relación académica estudiantil, reservada en muchos de sus aspectos por la Constitución en el

²²⁰ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., pág. 207

artículo 27 a la Ley y cubierta toda ella en la práctica por una norma con rango de Ley de aprobación relativamente reciente como es la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).

Asimismo, nos encontramos en el artículo 30.2 de la Constitución una nueva reserva de Ley referida a otro de los contextos tradicionales de las relaciones de sujeción especial. Nos referimos a las obligaciones militares de los españoles, que serán reguladas según el citado precepto por la Ley. En desarrollo del mismo se han aprobado normas legales como la Ley de objeción de conciencia y, no hace mucho, la nueva Ley del Servicio Militar. De igual forma, el artículo 104.2 de la Constitución se refiere a la misma materia, estableciendo una reserva de Ley orgánica para regular las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Por último, otro de los ámbitos englobables dentro de las relaciones de sujeción especial como es el de la relación de los funcionarios públicos con su administración empleadora, también es objeto de una específica reserva de Ley, regulada en el artículo 103.3, y dicha reserva de Ley abarca a la regulación del acceso a la función pública, presidido por los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación de los funcionarios, el sistema de incompatibilidades, las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, cuestiones que deben quedar englobadas dentro de la reserva más general que se contempla en ese mismo precepto en cuanto a la necesidad de regular por Ley el Estatuto de los funcionarios públicos que, por cierto, todavía no se ha dado cumplimiento a ese mandato constitucional y es en estos precisos momentos cuando está siendo objeto de debate la cobertura de esa previsión constitucional mediante un Estatuto de la Función Pública, que tendrá carácter básico, tal y como se contempla en el artículo 149.1.18.

Pues bien, de momento el legislador, sin haber aprobado el Estatuto de los funcionarios públicos, sí que ha desarrollado estas reservas de Ley que se contienen en el 103.2 y ha dictado numerosas normas desperdigadas que bien vendrá que sean refundidas por el citado Estatuto en aras a la seguridad jurídica.

En definitiva, los ámbitos tradicionales de relaciones de sujeción especial están en nuestra vigente Constitución vedados al Reglamento independiente, al estar afectados por concretas y específicas reservas de Ley, que se superponen a la

general reserva de Ley que comentábamos supra y que opera en el ámbito de la libertad y la propiedad, puesto que todos los tipos de relaciones especiales de sujeción tienen una incidencia notable en la libertad de las personas que se hallan incluidas en ellas y, por tanto, las mismas deben ser reguladas, al menos en primera instancia, por la Ley, siendo únicamente posible el dictado de reglamentos ejecutivos que complementen o desarrollen aspectos concretos y secundarios, sin que haya lugar para la regulación independiente mediante reglamentos de esas características.

En estos campos, la reserva de Ley es más intensa que en el terreno de la organización, donde, como veíamos, operaba en la práctica una deslegalización y por estar afectados en este ámbito auténticos derechos y libertades de los ciudadanos y no simplemente intereses legítimos como sucede en el caso de la materia de organización.

Únicamente podría hablarse de la posibilidad de dictar reglamentos independientes en materias muy concretas y determinadas que no incidiesen en los derechos y libertades de los ciudadanos. Señala Baño León, en este sentido, que “...en la regulación de algunos establecimientos como los museos, cabría que existiera una reglamentación independiente, cuya validez puede ampararse más que en la voluntariedad (*volenti non fit iniuria*) en la no afectación a ningún derecho o libertad constitucionalmente protegido.”²²¹

4. 4. El Reglamento independiente en el sector de las normas técnicas

Este campo del ordenamiento jurídico, de gran importancia económica y social por el gran número de personas potencialmente destinatarias de las mismas, cobra cada día más importancia en las relaciones industriales y económicas en general, afectando, por tanto a sectores importantes e incidiendo de tal manera en los mismos que suponen en la práctica un límite al ejercicio de algunos derechos constitucionalmente protegidos por la reserva de Ley.²²²

La técnica jurídica que se utiliza en este ámbito para intentar salvar la reserva de Ley que protege estas materias sobre las que inciden las normas

²²¹ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., pág. 210-211.

²²² Véase el artículo que sobre esta cuestión escribe ELISENDA MALARET y que lleva por título “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”, publicado en RAP (116), año 1988, en el que se pone de manifiesto la incidencia que este tipo de normas tienen en los derechos fundamentales por afectar a materias tales como el comercio o la libertad de empresa, cuestiones que están reservadas a la Ley por la Constitución.

reglamentarias es la de las cláusulas generales. En todo caso, debe regularse por Ley las cuestiones básicas y el procedimiento de elaboración de las normas técnicas, que deberá dar entrada a la participación de los sectores afectados.

Asimismo, también debe preverse en la norma legal las posibilidades de reacción y las garantías jurídicas que les asisten a los particulares. En este sentido, no debemos olvidar la enorme discrecionalidad técnica que se deja en manos de la Administración en este campo, lo que supone que el control posterior en sede judicial se difumine bastante, por lo que hay que ser muy cauteloso en establecer unos controles eficaces a priori. De ahí, la importancia que tiene, por una parte, el que los sectores implicados y llamados a cumplir la norma tengan la oportunidad de participar en la elaboración de las mismas y, por otra, el que se respeten las garantías de los ciudadanos desde un punto de vista formal mediante la exigencia de una Ley previa. A este respecto, J. De Salas expresa claramente "...la necesidad de que la Ley...regule en relación con cada servicio público los aspectos básicos de la situación y de las relaciones de y entre Administración titular, sujetos prestadores y usuarios, sin perjuicio, naturalmente, de los desarrollos reglamentarios procedentes."²²³ En el artículo citado, escrito como comentario y crítica a una sentencia de la Sala Primera de lo Contencioso de la A. T. De Barcelona de 5 de diciembre de 1978, De Salas pone de manifiesto la existencia en estos ámbitos de dos normas que regulan la materia. Por un lado, el Reglamento de servicio, en el que se configura jurídicamente las posiciones de la Administración titular, los sujetos prestadores y los usuarios, así como las relaciones entre todos ellos.

Por otro lado, el llamado Reglamento técnico, en el que se concretan los aspectos puramente técnicos. Para De Salas, es la Ley la que debe efectuar la primera regulación de la materia en cuanto a los pronunciamientos básicos y las relaciones jurídicas entre Administración titular del servicio, sujeto prestador y usuario, ya que en un Estado social y democrático de Derecho como el que se prevé en el artículo 1.1 de la Constitución de 1978, la reserva de Ley no puede estar constreñida al ámbito de la libertad y la propiedad, como en la época liberal, sino que debe abarcar el terreno de las prestaciones, como modo de asegurar la igualdad y de reducir las arbitrariedades administrativas. De Salas no admite los reglamentos independientes en ningún terreno jurídico tras la promulgación de la Constitución de 1978.

²²³ SALAS, J.: "Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos. (Algunas reflexiones sobre su contenido y límites)". REDA (21), 1979, página 269.

Algunos autores, por su parte, diferencian en este terreno entre normas reglamentarias técnicas de cumplimiento obligatorio y las que carecen de esa obligatoriedad de cumplimiento. Los autores que utilizan el citado criterio de distinción lo hacen para impedir el dictado de reglamentos independientes en la materia o, por el contrario, dar entrada a los mismos, dependiendo, como digo, de la obligatoriedad o no del cumplimiento por parte de los destinatarios de las mismas.

Así, Baño León, por ejemplo, opina que únicamente cabe el Reglamento independiente en materia de reglamentaciones técnicas cuando su contenido no es obligatorio, debiendo exigirse una Ley que regule el procedimiento de elaboración y las garantías en el caso de que el contenido de las normas sea obligatorio.²²⁴

En cualquier caso, es evidente que es la Ley la que debe efectuar y regular las relaciones básicas en la materia, siendo posible el dictado de reglamentos independientes en este ámbito en aquellos casos en que el cumplimiento de las normas técnicas no sea compulsivo ni genere ningún tipo de obligación para el usuario, como pone de manifiesto Baño León.

4. El Reglamento independiente en el ámbito de la ejecución del Derecho comunitario

En los últimos años, desde la incorporación de España a la Comunidad Europea, se ha suscitado un nuevo debate, centrado en el tipo de normas que deben ejecutar el derecho comunitario, concretamente en qué normas deben complementar o desarrollar las directrices marcadas por Bruselas en las directivas que aprueba y si hay posibilidades en este terreno para que el Reglamento independiente despliegue sus efectos en el cumplimiento de esos fines.

²²⁴ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op., cit., página 215-216. Pone de manifiesto al respecto que aquellas normas reglamentarias técnicas que no tengan carácter obligatorio sobre las que, en principio, cabe Reglamento independiente debe atribuirseles el carácter de un dictamen pericial preventivo, tal y como ha defendido la doctrina alemana.

La premisa inicial en torno al tema, creemos, debe ser la no existencia de inconveniente alguno en admitir la ejecución del Derecho comunitario por medio de reglamentos independientes si con esa regulación no se incide en materias o ámbitos reservados por nuestra Constitución a la Ley, puesto que en la transposición del Derecho comunitario a Derecho interno deben respetarse las reglas que se establezcan en el Derecho interno, como es opinión absolutamente mayoritaria en la doctrina española.²²⁵ Por este motivo, debe considerarse que en la ejecución del Derecho comunitario están vigentes las reservas de Ley que se prevén en la Constitución sin que puedan ser soslayadas con la excusa de la transposición de normas comunitarias.

Por lo tanto, la regla general consistirá en que la libertad de elección de la norma interna encargada de desarrollar el Derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales, dependiendo de que la materia de que se trate esté o no sometida a reserva material o formal de Ley. Si sobre la materia pesa una reserva material o formal de Ley, el Estado español, respetando su propio marco constitucional, deberá desarrollar el Derecho comunitario mediante una norma interna con fuerza de Ley.²²⁶

Sin embargo, una vez apuntada la regla general, es necesario hacerse eco de la excepción. Y esa excepción viene motivada por el hecho de que, en ocasiones, la norma comunitaria, concretamente la Directiva, que es la que plantea el conflicto en esta materia porque es una norma que, en principio, a diferencia del Reglamento, necesita de un desarrollo normativo interno por no ser directamente aplicable, tiene tal grado de desarrollo que es perfectamente asimilable al Reglamento. En esos supuestos parece poco lógico que sea el Parlamento el que efectúe la transposición, puesto que tal operación, se convierte en una mera operación mecánica debido al grado de detalle que tiene la Directiva.

Por lo tanto, fuera de este caso especial en el que la Directiva ofrece tal grado de detalle que la transposición es una mera transcripción de la misma, la regla general es que, si la Directiva deja margen de desarrollo y afecta a materias reservadas a la Ley por la Constitución, el desarrollo de la misma debe ser hecho por una Ley.

²²⁵ ALONSO GARCÍA, R.: "La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español". RAP (121), 1991, página 213-214 ó S. Muñoz Machado: El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea, Madrid 1986, pág. 96.

²²⁶ ALONSO GARCÍA, R.: "La ejecución..." op., cit., página 218.

Pero es que incluso en los supuestos en los que la Directiva tenga tal grado de detalle que no deje prácticamente margen de desarrollo a los poderes públicos internos, la transposición debe ser hecha mediante Ley si la misma incide en una de las materias reservadas a la Ley por la Constitución, porque aunque esa materia esté ya, de hecho, regulada por una Ley en el ámbito interno, dando cumplimiento a las exigencias constitucionales, el contenido de la Directiva, en cuanto supone una regulación nueva de la materia, debe ser asumido por una norma con rango legal.

Por lo que hemos de concluir que, únicamente cabe la transposición de directivas comunitarias por medio de reglamentos independientes en los supuestos en que no dejen margen de desarrollo por ser prácticamente aplicables directamente y siempre y cuando no afecten a materias reservadas a la Ley por nuestra Constitución. Lo contrario sería incongruente con la afirmación mayoritaria de la doctrina recogida con anterioridad en el sentido de que deben respetarse las normas de Derecho interno en la recepción del Derecho comunitario.

Por lo que se refiere al Reglamento comunitario, éste plantea, en principio, menos problemas en este ámbito, ya que al ser una norma que desplaza cualquier norma interna incompatible con él, los supuestos conflictivos se reducen a la *labor de depuración* que el Tribunal de Justicia ha exigido realizar a los estados miembros para limpiar las posibles normas que se opongan al Reglamento comunitario. En este sentido, sería aplicable la regla general enunciada con anterioridad “en cuanto a la hipotética labor de desarrollo normativo...serían aplicables...las reglas constitucionales internas sobre la reserva de Ley...”²²⁷ Si la materia sobre la que incide el reglamento comunitario está reservada a la Ley, pueden ocurrir dos cosas. Primera, que el Derecho nacional no haya procedido todavía a dar cumplimiento a esa reserva y no haya procedido a regular la materia, por lo que tal reserva podría entenderse cubierta directamente por la norma comunitaria. Segunda, que la materia ya cuente con una regulación legal nacional previa. En este caso, para que la labor depurativa nacional pueda hacerse mediante Reglamento interno, que en ningún caso tendría el carácter de independiente, el Reglamento comunitario tendría que agotar íntegramente la reserva formal.

²²⁷ ALONSO GARCÍA, R.: “La ejecución normativa...” op., cit., página 223.

En cualquier caso, sólo procedería que la labor depurativa de adaptación de la normativa nacional a un Reglamento comunitario se llevase a cabo mediante el dictado de un Reglamento independiente en el supuesto que el Reglamento comunitario no versase sobre una materia objeto de reserva material o formal en el ámbito interno.

La práctica normativa española nos ofrece en este terreno ejemplos varios.

Podemos decir que la regla general es que el procedimiento de transposición de directivas es similar al de delegación legislativa que se prevé en el artículo 82 de la Constitución, es decir, el Parlamento toma como bases las directrices contenidas en la Directiva comunitaria y autoriza al Gobierno el desarrollo de las mismas mediante la aprobación de un texto articulado que respete las bases dictadas por Bruselas y asumidas por el Parlamento español. Sin embargo, también nos encontramos con reglamentos que incumplen estos principios y justifican en la ejecución del Derecho comunitario el carácter independiente de los mismos, como por ejemplo el Real Decreto 223/1988 de 14 de marzo de protección de animales para experimentación y fines científicos. Este Reglamento se dicta en desarrollo de una Directiva comunitaria, la 86/609. La materia concreta está reservada a la Ley por la Constitución, que consagra la libertad científica y de investigación en los artículos 20 y 27, por lo que el desarrollo de la Directiva debía haber sido hecha por una norma con rango de Ley.

4. 6. El Reglamento independiente en la materia prestacional

La actividad de fomento se ha convertido en las últimas décadas en uno de los ámbitos más importantes de la acción administrativa, como consecuencia, sin duda, de la diferente actitud que el Estado tiene actualmente en cuanto a la intervención en los diferentes terrenos de la vida económica.

Efectivamente, desde el final de la segunda guerra mundial hemos asistido al notable incremento de la intervención de los poderes públicos en todos los órdenes, con especial relevancia en la vida económica desde el punto de vista objetivo y con especial mención a la Administración pública desde el punto de vista subjetivo.

La doctrina se haya dividida en torno a la admisión de reglamentos independientes en las actividades de fomento, más concretamente en materia de

subvenciones que son la figura más importante en este contexto por ser las que afectan potencialmente a un mayor número de destinatarios y, por ende, las que más han tratado los autores que han estudiado la materia.

Existen aquellos autores que aceptan la presencia de reglamentos independientes en materia de subvenciones, en base a una "...compatibilidad entre el principio de legalidad y el reglamento independiente"²²⁸ o por la desnaturalización que supondría el extender el principio de legalidad a sectores del ordenamiento jurídico donde este principio, en su formación tradicional y posterior consolidación como explicación técnica, era desconocido, porque una exportación de este tipo desnaturalizaría dicho principio y supondría una paralización administrativa, por lo que no todas las subvenciones necesitan de una norma legal habilitante.²²⁹

Sin embargo, para otros autores, no es posible admitir el Reglamento independiente en materia de subvenciones. Por ejemplo Díaz Lema se apoya en el artículo 133.3 de la Constitución para afirmar que las subvenciones, como beneficios fiscales que son, necesitan de una Ley previa para poder ser concedidas.²³⁰ Tampoco acepta la existencia de reglamentos independientes en materia de subvenciones S. Martín Retortillo,²³¹ quien apela al principio de legalidad, el cual debe ser transportado, en contra de lo que considera Fernández Farreres, al ámbito de las medidas de fomento puesto que las mismas suponen una utilización y disposición de fondos públicos y la correspondiente asunción de concretas aportaciones patrimoniales por parte del Estado y porque las personas que reciben las subvenciones se sitúan en una situación de sujeción especial que impone determinados comportamientos, por lo que debe ser la Ley la que se pronuncie en primera instancia en estos ámbitos.

Creemos que resulta complicado establecer afirmaciones generales en este ámbito, ya que existe una multiplicidad de campos en los que pueden otorgarse subvenciones.

²²⁸ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op., cit., página 218.

²²⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "La subvención: Concepto y Régimen jurídico", página 474. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1983.

²³⁰ DÍAZ LEMA: "Subvenciones y crédito oficial en España". Madrid 1985, página 76 y ss.

²³¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Derecho Administrativo Económico". La Ley. Madrid 1989, página 459.

Parece evidente, en coherencia con los postulados constitucionales que establecen una reserva sobre los derechos fundamentales, que en las materias que incidan directamente en el ejercicio de estos derechos existe una interdicción constitucional a la actuación del Reglamento independiente.

Ejemplo paradigmático de lo que acabamos de afirmar sería la concesión de ayudas a centros de educación concertados. En este supuesto, la reserva de Ley que se prevé en el artículo 27.9 de la Constitución cubre el ámbito de estas subvenciones, por lo que para la concesión de las mismas se requeriría un pronunciamiento legal previo. No hay duda de la necesidad de Ley para la concesión de aquel tipo de subvenciones que afectan directamente al ejercicio de derechos constitucionalmente considerados como fundamentales. Sin embargo, las dudas se plantean de una manera más seria en las subvenciones que inciden en el contenido esencial de los derechos y libertades públicas reconocidas en la Constitución. Para algunos autores, existe aquí una reserva de Ley en base al artículo 53.1 que se proyecta no sólo sobre la regulación del ejercicio de estos derechos sino que también cubre el contenido esencial de los mismos, por lo que todas las subvenciones, al afectar de un modo directo o indirecto en los derechos y libertades constitucionales, quedan bajo la esfera jurídica de la reserva de Ley.²³²

Esta tesis es rebatida por Fernández Farreres, quien, como apuntábamos con anterioridad, no es partidario de la exportación del principio de legalidad a terrenos extraños para la citada institución.

Farreres opina que debemos preguntarnos en qué medida y de qué manera la subvención afecta al ejercicio de los derechos, siendo necesaria la Ley previa en aquellos supuestos en los que las subvenciones afecten directamente al ejercicio o al desarrollo efectivo de los derechos fundamentales y siendo posible la concesión de las mismas mediante Reglamento independiente en las subvenciones que no afecten a los derechos constitucionalmente protegidos.

Otro problema capital en este terreno lo encontramos a la hora de determinar si todas las subvenciones de tipo empresarial, basándonos en el artículo 53.1 afectan a principios tales como la libertad de empresa o al principio más

²³² Véase a este respecto E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en "Curso..." op., cit., 7ª edición, Madrid 1995, página 224 ó R. GÓMEZ FERRER Y J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR en "La potestad reglamentaria..." op., cit., páginas 191-192.

general de la libre competencia. La opinión mayoritaria de la doctrina es favorable a la inclusión de este tipo de subvenciones dentro del ámbito del ejercicio de la libertad de empresa y, por tanto, someterlas a una regulación previa mediante Ley.

Sin embargo, como apunta Baño León, “no siempre está justificada la afirmación de que una subvención a la actividad económica privada afecte a la libertad de empresa. Para que tal se dé es necesario...que se produzca una real afectación al mercado. Siempre que se emplea el argumento de la libertad de empresa se está pensando en el interés competitivo...o intereses de los empresarios competidores” de modo que “...la regulación de subvenciones en cuanto es general para un sector de la actividad económica sólo podrá afectar a la libre competencia cuando afecte a otro sector competitivo...En otro caso es dudoso que la subvención afecte a la libertad de mercado o al principio general de libertad.”²³³ Por tanto concluye este autor que existe un resquicio abierto en el ámbito de las subvenciones empresariales. Pero no sólo cabe la posibilidad de la existencia de reglamentos independientes en materia de subvenciones de este tipo sino que, “independientemente de lo anterior, resta un ámbito importante de subvenciones que podría ser objeto de reglamento independiente. Así las becas, premios o ayudas que se dirigen a estimular la realización de determinadas actividades no empresariales o a fomentar el estudio o la investigación son susceptibles de incluirse en esos extremos.”²³⁴ De hecho, la mayoría de estas ayudas se regulan en la práctica por reglamentos independientes, los cuales están contenidos en Ordenes ministeriales.

Por tanto, podemos concluir que pueden dictarse reglamentos independientes en el ámbito prestacional para la regulación de aquellas subvenciones empresariales que no afecten de un modo directo a la libre competencia y en materia de becas, premios o ayudas para la realización de actividades no empresariales o de investigación.

Parece, además, que esa es la solución que se acoge en la Ley General Presupuestaria, la cual no impide que la Administración lleve a cabo la regulación de este tipo de ayudas mediante reglamentos, siempre que se respeten los límites presupuestarios y se de cumplimiento a los principios básicos en la materia, como son el principio de publicidad, el de concurrencia y el de objetividad en la concesión.

²³³ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los Límites...” op., cit., página 220-221.

²³⁴ Ibidem..., página 221.

En el resto de actividades prestacionales, existen todavía algunos sectores de las mismas que pueden ser regulados por reglamentos independientes. Por ejemplo las cuestiones referentes a la concesión de honores o las medidas protocolarias. También pueden dictarse reglamentos independientes en aquellas actividades en las que no se restrinjan ni limiten derechos de los particulares y que no coarten, por tanto, el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos y protegidos por la reserva de Ley.²³⁵

La polémica que se origina en torno a esta materia no es exclusiva de España, sino que también en países democráticos como Alemania o Italia existen discrepancias doctrinales en torno a la admisión de la figura del Reglamento independiente en materia de prestaciones positivas. En Francia, en buena lógica, no se puede dar esta polémica al establecer la Constitución de la V República una doble reserva, de Ley y de Reglamento y estar, por consiguiente, claramente atribuidas, en principio, las competencias reguladoras que ambas normas poseen en cada materia.

En Alemania, la polémica doctrinal la centran Jesch, partidario de que el ámbito prestacional esté cubierto por una reserva de Ley y Bullinger, que opina que la reserva de Ley no es necesaria en este contexto. Las diferencias tienen su base en la distinta interpretación que cada uno de los autores citados efectúa del principio democrático.

En Italia, por otra parte, la doctrina es mayoritariamente partidaria del reconocimiento de la posibilidad de dictar reglamentos independientes en este ámbito, como consecuencia de la interpretación actual que hacen de los principios de legalidad y de reserva de Ley, que ellos transforman en un principio de juridicidad.

²³⁵ Véase: J. M. BAÑO LEÓN: "Los límites..." op., cit., pág. 222-223.

5. Conclusiones

1. No podemos desconocer que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la actividad que lleva a cabo la Administración debe estar sujeta a la Ley como consecuencia de los límites impuestos por los principios de reserva material, directamente prevista en los preceptos constitucionales, y por el límite adicional de la reserva formal de Ley o principio de congelación de rango.
2. Entendemos por Reglamento independiente aquella norma de eficacia general dictada sin una habilitación legal previa en base a una potestad reglamentaria genérica atribuida por el ordenamiento jurídico en favor de un ente público en orden a la mejor gestión de sus respectivos intereses y competencias.
3. Del contexto general de nuestro sistema normativo, de la concepción material de la Ley que nuestra Constitución acoge y del sistema tan amplio de reservas específicas que establece, los ámbitos sobre los que pueden dictarse reglamentos independientes son absolutamente residuales y sólo pueden ser determinados negativamente, sin que la sistemática seguida por nuestra norma fundamental a la hora de enunciar estas reservas ayude mucho a ello.
4. De esta forma, los ámbitos residuales sobre los que pueden proyectarse los reglamentos independientes actualmente en España serían los siguientes:
 - En el ámbito organizacional, existe una reserva de Ley específica en el artículo 103.2 de la Constitución que impide el dictado de reglamentos independientes para la creación, modificación o supresión de, al menos, los órganos superiores de la Administración en el ámbito de la Administración General del Estado y, adicionalmente, por la previsión que se contiene en muchos Estatutos de Autonomía, en aquellos casos en los que la creación, modificación o supresión de los órganos supongan una variación presupuestaria. Encontramos en uno y otro ámbito una deslegalización de la materia organizativa por las previsiones y las habilitaciones contenidas en normas con rango de Ley en favor de diferentes autoridades para desarrollar el esquema organizacional en cada Administración. Sin embargo, las previsiones iniciales y el dibujo primario debe estar contenido en una norma legal.

- En los ámbitos de las tradicionales relaciones de sujeción especial, la reserva Ley debe ser más intensa que en el terreno de la organización, por quedar afectados de una forma más intensa los derechos de los ciudadanos. Las relaciones de sujeción especial tradicionales están cubiertas por específicas reservas materiales de Ley en nuestra Constitución. Sólo pueden dictarse reglamentos independientes en este ámbito en materias que no afecten de manera directa al ejercicio de derechos fundamentales.
- En el ámbito de las normas técnicas, sólo pueden dictarse reglamentos independientes en aquellos casos en los que el cumplimiento de la concreta norma técnica de que se trate no sea obligatorio, puesto que sólo en esos supuestos no hay una incidencia en el ejercicio de los derechos sobre los que las citadas normas se proyectan (*volenti non fit iniuria*)
- En el terreno del Derecho comunitario, son las Directivas las que mayores problemas plantean, ya que son las normas que precisan un desarrollo interno para que su aplicación sea efectiva. En este sentido, sólo se pueden incorporarse esas Directivas al ámbito interno mediante el dictado de reglamentos independientes cuando incidan sobre materias no reservadas materialmente ni formalmente a la Ley. Aunque la Directiva tenga tal grado de detalle que la transposición de la misma sea una mera operación de transcripción debe procederse a la transposición de la misma mediante la aprobación de una Ley si la materia sobre la que versa la Directiva afecta a ámbitos reservados por la Ley en la Constitución española. Afirmar lo contrario sería incongruente con el debido respeto del Derecho interno en la recepción de las normas comunitarias.
- En el campo de la actividad prestacional de la Administración pública, el Reglamento independiente sólo puede dictarse en materias que no incidan en el ejercicio de derechos fundamentales, siendo posible sobre cuestiones tales como becas, premios, concesiones, honores o medidas protocolarias, ámbitos todos ellos que no restringen sino que amplían la esfera jurídica de los ciudadanos. También pueden dictarse reglamentos independientes en el ámbito prestacional para la regulación de aquellas subvenciones empresariales que no afecten de un modo directo a la libertad de empresa.

JURISPRUDENCIA EN TORNO AL REGLAMENTO INDEPENDIENTE

1. Introducción

Una vez promulgada la Constitución española, surgieron dudas acerca de la existencia o no de reglamentos independientes en el nuevo ordenamiento jurídico que se instauraba. La doctrina iuspublicista, como hemos visto, llega a conclusiones dispares, negando la existencia de los mismos en algunos casos y aceptándolos en otros supuestos, pero sin que se pongan de acuerdo los autores que los aceptan acerca de los ámbitos sobre los que pueden dictarse. Por este motivo, se hace insuficiente obtener conclusiones claras y sólidas con el simple análisis de los pensamientos doctrinales, al ser esta una cuestión que no está definitivamente cerrada en todos sus términos.

Recurrir a la jurisprudencia promulgada por nuestros tribunales en torno a la figura del Reglamento independiente se hace conveniente si se quiere tener un mayor encaje de las piezas del puzzle que compone la materia a tratar.

Como señala Baño León en la introducción a su excelente libro sobre el tema, "...afirmar la inconstitucionalidad del reglamento independiente a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo es tan legítimo como irrealista..."²³⁶

La afirmación recogida del autor citado nos da una idea de la "claridad" con la que se expresa nuestro Alto Tribunal al respecto, siendo, por tanto, difícil extraer conclusiones diáfanas del estudio de nuestra jurisprudencia. A pesar de esa ausencia de claridad, el estudio de la misma es aconsejable por la información que aporta y la ayuda que supone en aras a tener una visión global de la materia.

Del examen conjunto de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo parece clara la aceptación del Reglamento independiente, sobre todo en la última época, en la que se aprecia una jurisprudencia más homogénea, constante y, por tanto, más consolidada.

²³⁶ BAÑO LEÓN, J. M.: "Los límites..." op., cit., página 20.

2. La primera época. Reconocimiento de la existencia de reglamentos independientes y las dudas acerca del ámbito sobre el que pueden dictarse

Afirma Baño León que “en la práctica cotidiana de nuestros tribunales contencioso-administrativos menudean las declaraciones favorables al reglamento independiente. Con frecuencia, prescindiendo incluso de lo que la Constitución dispone sobre las reservas de ley...El Tribunal Supremo no ha tenido inconveniente en admitir esta clase de reglamento en cuestiones tan diversas como la regulación de la publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas en los medios dependientes del Estado (STS 24 de noviembre de 1980, Aranz. 4597), la regulación de los precios del pan (STS 8 de junio de 1982), la regulación de las armas de fuego (STS 30 de noviembre de 1983, Aranz. 6849)...En todos estos ejemplos había sin duda implicadas directamente materias que la Constitución reserva a la ley, desde la libertad de empresa al derecho a la libre elección de profesión u oficio. Con esta línea jurisprudencial parece estar claro que si una materia requiere de una ordenación jurídica y el legislador no ha atendido esa necesidad, no es posible anular el reglamento por el hecho de que invada una reserva de ley.”²³⁷

Del examen de la jurisprudencia de los primeros años de andadura constitucional podemos destacar, como sentencia paradigmática, la de 10 de marzo de 1982 (Ar. 1245) en la que el Tribunal Supremo reconoce amplios poderes a la potestad reglamentaria configurada en el artículo 97 de la Constitución en favor del Gobierno y otorga un ámbito material amplio al Reglamento independiente en base a ese artículo 97 y al 26 de la LRJAE. Se considera por parte de esa sentencia que la Administración puede dictar disposiciones administrativas independientes siempre que no sean contrarias a las leyes, sin que se tenga que restringir al ámbito interno o doméstico, sino que la Administración puede dictar reglamentos independientes de manera prácticamente ilimitada, ya que la única restricción que tiene viene dada por el que ese tipo de normas no contravengan lo establecido en las leyes. El considerando de la sentencia establece lo siguiente:

“La llamada potestad reglamentaria de la Administración pública ha de ejercerse de acuerdo con las leyes, conforme dispone el artículo 97 de la Constitución, y, según el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, está prohibido dictar disposiciones administrativas contrarias a las mismas. La Administración pública puede ejercer dicha potestad, no sólo en desarrollo de leyes o principios legislativos, sino cuando no exista norma de rango

²³⁷ BAÑO LEÓN, J. M.: “Los límites...” op., cit., página 194-195.



superior sobre la materia, porque no es posible infringir una ley inexistente, y cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales, ni sujeta a reserva legal, no infringe ningún principio de jerarquía normativa...”

También llaman la atención un grupo de sentencias constituidas por tres pronunciamientos idénticos del Tribunal Supremo emitidos por la Sala Cuarta y en las que el Ponente fue D. Paulino Martín Martín, por lo que se podría entender que se estaba generando ya entonces una línea jurisprudencial definida y consistente en reconocer la existencia indudable de reglamentos independientes en nuestro ordenamiento jurídico después de promulgada la Constitución española de 1978. Las citadas sentencias son las siguientes: la de 22 de octubre de 1981 (Ar. 4634) , la de 4 de febrero de 1982 (Ar. 834) y la de 10 de diciembre de 1982 (Ar. 7955).

El considerando que se repite en todas ellas es el siguiente:

“Que en el vigente Derecho español el Consejo de Ministros y éstos mismos tienen atribuida una potestad reglamentaria genérica distinta de la mera ejecución de las leyes - artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico, y 97 y 106 de la Constitución -, no siendo ejecutivos de las leyes aquellos reglamentos dictados en el ejercicio de esa potestad reglamentaria genérica y denominados “independientes” autónomos o *praeter legem*, que si bien han de respetar el “bloque de la legalidad formal”, no están, sin embargo, sujetos preceptivamente al control del Consejo de Estado; frente a ellos existe la figura del reglamento directa y concretamente ligado a una ley, a un artículo o artículos de una ley o conjunto de leyes, de manera que dicha ley, o leyes, es complementada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento, y en este supuesto estamos ante un reglamento ejecutivo, pues aunque la terminología empleada por las leyes en vigor sea muy variada y no siempre se emplee el término “ejecutar”, sino el de “complementar”, “desarrollar”, “aplicar”, etc, tal pluralidad de expresión no supone concepto distinto, dado que en todos estos casos y en otros similares el reglamento se manifieste como desarrollo y ejecución de una ley o conjunto de ellas, y en este sentido es de recordar la doctrina del Consejo de Estado (dictamen de 16 de abril de 1943, 8 de junio de 1956, 22 de diciembre de 1960, 14 de julio de 1961)...”

El considerando repetido en las sentencias enunciadas acepta sin ningún tipo de duda, a pesar de las que existían y existen todavía hoy entre la doctrina, la existencia de una potestad reglamentaria genérica del Consejo de Ministros. Se acepta, por tanto, la existencia de los reglamentos

independientes en el ordenamiento constitucional vigente y se hace depender, curiosamente, la calificación de un Reglamento como independiente o no por el control que sobre el mismo ejerza el Consejo de Estado.

Como vemos, son diferentes formas de aceptar un mismo hecho: una potestad reglamentaria independiente reconocida por la Constitución en favor del Gobierno. La primera de las sentencias que hemos expuesto no se limita únicamente a dicho reconocimiento sino que va más lejos. Indica el ámbito material al que pueden estar referidas las normas reglamentarias independientes, otorgándoles una extensión notable, produciéndose la situación de que “a veces incluso se intenta encubrir un reglamento independiente invocando autorizaciones legislativas que, en ningún modo se refieren a la materia de que se trate.”²³⁸

Sin embargo, tenemos que decir que no ha sido esa la línea jurisprudencial que ha triunfado, sino que la misma va por derroteros bien distintos, consistentes en el reconocimiento de la existencia de reglamentos independientes, pero circunscribiendo su ámbito material al de la organización y las relaciones especiales de poder. Es decir, se acepta por parte de nuestra jurisprudencia, en líneas generales, la tesis formulada y desarrollada por García de Enterría, aunque, en muchas ocasiones y por motivos prácticos, el uso que de la misma se hace no es el más adecuado.

Ya en los primeros años posteriores a la aprobación de la Constitución empiezan a aflorar sentencias que reflejan la asunción jurisprudencial de esa teoría doctrinal. No obstante, todavía en aquella época, el Tribunal Supremo tiende a otorgar un amplio margen de maniobra a la figura del Reglamento independiente.

Como ejemplo de sentencias que adoptan la línea jurisprudencial de reducción del ámbito material del Reglamento independiente al terreno organizacional y de relaciones especiales de sujeción, podemos citar la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981 (Ar. 2614), en la que se puede leer en uno de sus considerandos lo siguiente:

“La potestad reglamentaria de la Administración en la actualidad, reconocida en el artículo 97 de la Constitución, opera con mayor o menor autonomía según se ejerza ad intra (es decir, con fines puramente autoorganizatorios) o ad extra (lo que sucede cuando regula abstractamente

²³⁸ BAÑO LEÓN, J. M. : “Los límites...” op., cit., página 194.

derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general), pues en el primer caso podrán dictarse los denominados reglamentos independientes, que son aquellos que no se fundan en una previa habilitación legal y rigen en el ámbito interno o doméstico de la Administración, en tanto que en los segundos nos encontramos ante los reglamentos ejecutivos, caracterizados porque desarrollan una ley previa en ausencia de la cual no puede la Administración proceder a su elaboración.”

El considerando que acabamos de transcribir incorpora la distinción alemana entre reglamentos jurídicos y administrativos y la aplica por vía jurisprudencial a nuestro sistema jurídico público, como puede observarse.

Lo cierto es que, poco a poco, la línea jurisprudencial aludida ha ido ganando terreno, sobre todo por el apoyo, unas veces expreso, otras implícito, de la mayoría cuantitativa y cualitativa de parte de la doctrina, la cual no ve con malos ojos, sino más bien con reverente respeto, que la jurisprudencia haga suya la teoría del máximo exponente dentro de los autores españoles de finales de siglo. Así, los autores que han estudiado la jurisprudencia en materia de reglamentos independientes apoyan, decididamente en la mayor parte de los casos esa solución jurisprudencial.

Por ejemplo, Bertomeu Colom Pastor, al comentar la sentencia de 11 de abril de 1981, que acepta de manera nítida los postulados de García de Enterría, afirma que “ningún precepto constitucional se opone a esta tesis de la sentencia; más bien al contrario, a través de ella se matiza el poder genérico que el artículo 97 otorga a la Administración. Este tan sólo se podrá utilizar sin habilitación legal para una clase de reglamentos, los organizativos y los que regulan las relaciones de supremacía especial...”²³⁹

Como ejemplo de la consolidación lenta pero segura de la línea jurisprudencial que estamos hablando, podemos citar otra sentencia significativa, la de 18 de mayo de 1983 (Ar. 3358), dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la que se hace coincidir los reglamentos independientes con las facultades de organización que a la Administración compete.

Por lo que hace referencia al Tribunal Constitucional, sus pronunciamientos son mucho menos frecuentes en esta materia y mucho más cautelosos que los del Tribunal Supremo. Sólo incidentalmente se pueden encontrar

²³⁹ COLOM PASTOR, B.: “Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años...” op., cit., páginas 246-247.

sentencias del TC que aborden la materia del Reglamento independiente. El pronunciamiento más directo se contiene en la STC 108/1986, donde se expresa que “no hay...razones suficientes para admitir la limitación objetiva de la potestad reglamentaria...Antes bien, debe entenderse que esa potestad reglamentaria se extiende, como dice el artículo 97 de la Constitución a todo lo que autoricen...las leyes, sin que interese ahora examinar si el ejercicio de dicha potestad requiere la existencia de una norma específica de habilitación...” Esta última precisión la efectúa el TC al observar que en el caso que está analizando existe concretamente la norma habilitante y que es precisamente la misma la que se impugna.

Podemos observar las precauciones que toma el TC para no hacer afirmaciones rotundas, por lo que resulta verdaderamente complicado extraer con cierto grado de seguridad el pensamiento que el Alto Tribunal tiene en torno a esta cuestión: Ya hemos apuntado que son muy escasos los supuestos en los que se ha pronunciado al respecto el TC y que en los casos en los que lo ha hecho, la prudencia ha sido la nota habitual. No obstante, podemos afirmar que acepta la existencia de reglamentos independientes y que sigue la última línea jurisprudencial que el Tribunal Supremo acoge en torno a los ámbitos organizacionales y de relaciones especiales de sujeción sobre los que pueden proyectarse este tipo de normas, pues de lo contrario, estamos seguros de que habría aprovechado alguna oportunidad que la coyuntura de los casos concretos que le llegan le hubiesen otorgado para corregir al Supremo, como de hecho lo ha hecho cuando el Tribunal Supremo ha otorgado una desmesurada amplitud desde su punto de vista a los ámbitos autónomos de ejercicio de la potestad reglamentaria.

Parece observarse, por tanto, una aproximación en la línea de ambos Tribunales, proximidad que viene confirmada por el hecho de que tanto uno como otro aceptan la distinción, tomada de García de Enterría, entre reglamentos normativos o jurídicos y administrativos u organizativos, si bien es cierto que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto no se pueden extraer conclusiones definitivas. Según pone acertadamente de manifiesto Rebollo Puig, la utilización de la doctrina de García de Enterría por el Tribunal Supremo es “...muy frecuentemente...empleada con otros fines distintos del considerar que los primeros necesitan habilitación legal y a los segundos les basta el artículo 97 CE...Pues debe observarse que cuando el Tribunal Supremo ha razonado en esta línea, le ha servido únicamente para justificar Reglamentos organizativos sin habilitación, no para anular los jurídicos que carecieran de ella; es decir, se ha aplicado en lo

que legitima a la potestad reglamentaria, no en lo que la reduce...²⁴⁰ Y es que la identificación entre reglamentos organizativos e independientes, por una parte, y reglamentos jurídicos y ejecutivos, por otra, no es una consecuencia que se pueda deducir de la teoría formulada por García de Enterría.

3. Postura de la jurisprudencia española en torno a las cuestiones más importantes atinentes a la potestad reglamentaria independiente

3. 1. Potestad reglamentaria del Gobierno. Ámbitos y forma de ejercicio

La postura del Tribunal Supremo en torno a la potestad que tiene reconocida el Gobierno para dictar reglamentos está bastante consolidada en torno a la forma en la que debe ejercerse la misma.

La doctrina general del Alto Tribunal coincide en atribuir un fundamento constitucional directo a la misma derivado del artículo 97 de la Constitución.

Además a la hora de fijar el ejercicio que debe hacer el Gobierno de la misma, existen sentencias como la de 24 de enero de 1990 (Ar. 406) que otorga un cierto poder discrecional al Consejo de Ministros a la hora de ejercer sus competencias reglamentarias, siempre con el respeto debido a la Ley que establece la Constitución en el artículo 9.3 y 103.1. Afirma en su fundamento jurídico cuarto la citada sentencia que cuando es el Consejo de Ministros el que está haciendo uso de sus potestades normativas "...El principio de legalidad no opera con tal rigor que imponga a la Ley formal el deber de agotar la regulación de la materia sobre la que verse, sin que deje espacio para un desarrollo reglamentario ulterior, resultando admisible que éste concrete algunos conceptos jurídicos indeterminados sin que padezca por ella el principio de jerarquía normativa". Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la reserva de Ley material que establece la Constitución queda cubierta por los pronunciamientos que la norma legal haga sobre las cuestiones fundamentales, sobre los contenidos básicos y esenciales, sin que se exija que la Ley agote la regulación de la materia, sin dejar espacio para el desarrollo de la misma por Reglamento, el cual tiene cierto margen de maniobra en cuanto a la regulación de las cuestiones secundarias y a la explicitación de cuestiones prolijas que la Ley, por la composición política y no técnica del órgano del que emana, no haya podido contemplar.

²⁴⁰ REBOLLO PUTIG, M.: "Juridicidad..." op., cit., página 51 a 53.

Del mismo modo sucede cuando, sin existir reserva material, de hecho existe una Ley que regula la materia, es decir, cuando estamos en presencia de una reserva formal de Ley. Podemos citar dentro de la línea jurisprudencial apuntada algunas sentencias como la de 11 de diciembre de 1991 (Ar. 9369), la de 3 de febrero de 1992 (Ar. 926), la de 15 de junio de 1993 (Ar. 4390) ó la más reciente de 20 de diciembre de 1994 (Ar. 10054), la cual en su fundamento jurídico tercero reproduce lo que es la asentada doctrina del Supremo en la materia. Afirma concretamente que "...la exigencia que se contiene en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución Española de ajuste estricto a la ley, en ocasiones debe ser matizado, bien porque el legislador dejara de regular minuciosamente determinada materia, bien porque la propia ley permita que la Administración, por vía reglamentaria, complete la acción del legislativo, siempre que ello no sea una innovación respecto de la ley."

- Sin embargo, si tan lícito y escrupulosamente constitucional es que se produzca un desarrollo reglamentario de una materia regulada por Ley en determinados aspectos, ello no debe ser confundido con la posibilidad de remisiones en blanco que pudieran contenerse en algunas leyes y que diesen entrada de hecho a posibles regulaciones independientes de la materia por parte del Gobierno. La deslegalización está plenamente admitida en la Constitución española, pero se establece un claro límite a la misma. Es el límite derivado de las materias reservadas a la Ley. Sobre las mismas no puede la Ley hacer una dejación de funciones en favor del Reglamento. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también es clara y así lo confirman las sentencias de 30 de enero de 1992 (Ar. 728), de 10 de mayo de 1994 (Ar.3803), las de 17 de mayo de 1994 (Ar. 3845 y 3846), la de 24 del mismo mes de mayo de 1994 (Ar. 3874) o la de 11 de enero de 1996 (Ar. 179).

Por lo tanto, la cuestión en torno al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno en ejecución de las leyes está perfectamente asentada y delimitada por nuestra jurisprudencia, la cual aboga por que el Reglamento se convierta en el fiel escudero de la Ley, desarrollando y complementando a esta en cuestiones secundarias o de detalle, prohibiendo las remisiones en blanco de las leyes cuando exista una reserva material de Ley, doctrina ésta de la prohibición de las remisiones en blanco que se vuelve a reiterar en la Sentencia de 16 de febrero de 1996 (Ar. 1830), otorgándose un valor al Reglamento de norma jurídica complementaria de la Ley, en cuanto debe ser una norma que colabore con la misma y la complemente. Esos mismos pronunciamientos se encuentran en las Sentencias de 14 de octubre de 1996

(Ar. 8651) y de 5 de diciembre del mismo año (Ar. 9256), por lo que la línea jurisprudencial está perfectamente clara en este aspecto.

Del examen de algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional ²⁴¹ acerca de esta cuestión se deduce una posición igualmente clara del mismo en el sentido de diferenciar la intensidad exigible en la remisión normativa según se trate de una reserva material de Ley encaminada a proteger la regulación de un derecho fundamental o de un derecho colectivo.

En el primer caso, se requiere una intensidad mayor, reduciéndose, por tanto, el ámbito de acción del Reglamento como herramienta jurídica complementaria de la regulación de esa materia. Si de lo que se trata es de la regulación de un derecho colectivo, “en este caso el protagonismo de la Administración debe ser más amplio, y no hay un contenido esencial previo cuya ordenación deba ser precisada”.²⁴² La jurisprudencia apuntada podemos encontrarla en sentencias como la de 13 de febrero de 1981 (BOE de 24 de febrero), la de 16 de marzo de 1981 (BOE de 14 de abril), la de 27 de julio de 1982 (BOE de 18 de agosto) ó la de 30 de noviembre de 1982 (BOE de 29 de diciembre). Todas ellas, como vemos muy tempranas, fueron consolidando esta línea de pensamiento, la cual influye notablemente en la jurisprudencia posterior del Supremo que no sólo la aplica limitadamente como lo hace el Tribunal Constitucional por razón de su competencia, sino que la extrapola y generaliza al resto de materias.

En conclusión, el Constitucional efectúa una valoración casuística de la intensidad de la reserva de Ley requerida y de sus efectos sobre la remisión normativa para dar mayor o menor entrada al Reglamento dependiendo del derecho que esté en juego.

El Tribunal Constitucional no establece, por tanto, una reserva absoluta utilizando como base para ello el artículo 53.1 de la Constitución sino que deja bien sentado que la Ley tiene que fijar los criterios básicos y fundamentales en la materia, siendo tan distante del espíritu constitucional la remisión en blanco como el agotamiento de la materia por parte del legislador.

²⁴¹ Véase J. TORNOS MAS: “La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos puntos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”. RAP (100-102), 1983, páginas 486 a 497.

²⁴² Ibidem, página 491.

3. 2. La potestad reglamentaria de los Ministros en la jurisprudencia

En cuanto a la potestad reglamentaria de los Ministros, la misma se reconoce por nuestra jurisprudencia para el ejercicio de potestades organizativas o enmarcadas dentro de las relaciones de sujeción especial en materias propias de su Departamento, conforme a lo establecido en el artículo 14.3 de la LRJAE (véase STS de 24 de enero de 1990, (Ar. 406), sin que sea posible que el Gobierno delegue en los mismos potestades reglamentarias en el ámbito de la ejecución de las leyes. La importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992 (Ar. 2902) lo deja bien patente cuando en su fundamento jurídico quinto expresa que "...por aplicación de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, la potestad reglamentaria está atribuida al Gobierno, lo que significa que mediante preceptos que revistan la forma de Decretos y se adopten por el Consejo de Ministros, podrá ejercitarse esa potestad reglamentaria cuando se trata de Reglamentos de ejecución de una Ley, sin que quepa admitir una delegación de esta potestad reglamentaria en los casos de tales Reglamentos, no siendo posible la delegación en un Ministro para ejercitar la potestad reglamentaria de ejecución de las leyes, ya que ni la Ley que pretende ejecutarse contiene delegación alguna al efecto, ni sería admisible, puesto que la potestad reglamentaria de ejecución no atribuida por la Constitución a un órgano individual, *no puede serle atribuida mediante normas de inferior rango* - art. 82.3 - ni puede ser incluida dentro de las potestades reglamentarias organizativas de su Departamento ministerial...El Gobierno, pues, no puede deferir al Ministro correspondiente...la regulación de materias de entidad esencialmente sustantivas propias exclusivamente del Decreto gubernamental aprobatorio del Reglamento, aunque sí puede deferir al Ministro puntos concretos y de carácter accesorio que no supongan una modificación o alteración sustantiva del Reglamento, sino simplemente un mero desarrollo objetivo y puntual de las normas reglamentarias." En confirmación de este parecer jurisprudencial encontramos pronunciamientos recientes que siguen esa línea de pensamiento, como por ejemplo la Sentencia de 30 de noviembre de 1996 (Ar. 9233).

Hay, por tanto, que concluir que los Ministros no tienen atribuida una potestad reglamentaria propia por la Constitución y que la posibilidad de ejercer potestades reglamentarias la deduce la jurisprudencia, la deducía hasta la aprobación de la nueva Ley del Gobierno, del artículo 14.3 de la LRJAE, y que el ámbito de actuación de la misma debe quedar circunscrito, según los pronunciamientos jurisprudenciales, al ejercicio de potestades propias de su Departamento en materia organizativa y de relaciones especiales de sujeción, potestades que sí les pueden ser delegadas por el

Gobierno en el ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma, sin que le quepa a este último órgano la delegación de competencias reglamentarias en ejecución de las leyes en favor de los Ministros más que para el desarrollo objetivo de cuestiones accesorias que no supongan una regulación innovativa de la materia.

3. 3. Las posibilidades reales que otorga nuestra jurisprudencia al Reglamento independiente

El primer dato que destaca en los pronunciamientos jurisprudenciales que ahora nos ocupan es el hecho de la contraposición que el Tribunal Supremo efectúa entre reglamentos ejecutivos de las leyes y reglamentos independientes.

En este sentido es elocuente lo que se expresa y contiene en la sentencia de 30 de marzo de 1992 (Ar. 3236), que en su fundamento jurídico cuarto, 1ª, b) dice que los aspectos complementarios de la regulación de una materia reservada a la Ley deben ser efectuados por el Reglamento ejecutivo y los aspectos organizativos por reglamentos independientes, en virtud de la potestad general reglamentaria que proclama el artículo 97 de la Constitución.

En cuanto a los límites que deben observar los reglamentos independientes, es comúnmente aceptada por el Tribunal Supremo la afirmación que se contiene también en esta sentencia en el mismo fundamento jurídico cuarto, pero en el párrafo segundo. Se expresa allí que “los reglamentos organizativos o independientes, además del límite de la reserva de Ley, tienen otro; que no pueden vulnerar la jerarquía normativa, dado su carácter subordinado respecto de la Ley.”

Las consecuencias que de la lectura de esta paradigmática sentencia se pueden extraer son variadas y todas ellas importantes. Serían las siguientes:

- En primer lugar, se puede afirmar que es claramente aceptada la existencia de reglamentos independientes.
- En segundo lugar, que el fundamento para el dictado de los mismos por parte de la Administración se encuentra en el artículo 97 de la Constitución., que reconoce una potestad reglamentaria general en favor del Gobierno.

- En tercer lugar, que los citados reglamentos deben quedar referidos a la regulación de aspectos organizativos.
- En cuarto lugar, que los límites que deben observar vienen impuestos por el respeto a las reservas de Ley que se establecen en la Constitución y al principio de jerarquía normativa. Es decir, al ser una norma inferior a la Ley, debe respetar las reservas materiales instauradas en la Constitución en favor de la norma legal y, además, las hipotéticas regulaciones que se pudieran contener en una norma con rango de Ley en materias concretas y determinadas, que sin estar reservadas a la Ley por la Constitución, el legislador haya optado por regularlas así en virtud de la competencia general que tiene para regular cualquier materia en nuestro ordenamiento, al no existir materias reservadas al Reglamento, como sucede en Francia.

Si desde el punto de vista material se diferencia por nuestra jurisprudencia un Reglamento independiente de otro ejecutivo según esté referido a aspectos organizativos el primero o complementarios el segundo, existe otro criterio adicional de distinción entre ambos que maneja la jurisprudencia de manera más o menos asentada. Nos referimos al criterio formal de distinción que hace alusión a la necesidad o innecesariedad de dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria.

En efecto, es un criterio muy aceptado por nuestra jurisprudencia el acudir al dato objetivo de la emisión o no emisión del dictamen del Consejo de Estado en aras a determinar el carácter ejecutivo o independiente de un Reglamento cuando, desde el punto de vista material, no está muy claro si se puede encasillar dentro de uno u otro apartado al mismo. En este sentido, la jurisprudencia es tan inflexible en orden a anular aquellos reglamentos ejecutivos que no hubiesen observado el trámite del dictamen del Consejo de Estado (véase entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991 (Ar. 8178)) como laxa a la hora de no exigir dictamen del Consejo de Estado para los reglamentos independientes, lo cual, si bien es cierto que no se exige en nuestro ordenamiento, ha sido fuertemente criticado por algunos sectores doctrinales.²⁴³ Paradigmática en este sentido es la sentencia de 28 de mayo de 1992 (Ar. 5346), donde se declara la conformidad a Derecho de la no emisión del Dictamen del Consejo de Estado por el carácter de Reglamento no ejecutivo de la norma que se dilucidaba en ese supuesto. O la más reciente de 25 de julio de 1996, que en su fundamento jurídico segundo establece que "...conforme a las modernas

²⁴³ Véase: R. ALONSO GARCÍA : "Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos". Civitas, Madrid 1992.

posiciones doctrinales admitidas por este Tribunal Supremo...nos encontramos en presencia de un Reglamento independiente, que a diferencia de los ejecutivos que se dictan en cumplimiento y desarrollo de una Ley anterior, los independientes son “*praeter legem*”, es decir se dictan prescindiendo de cualquier Ley anterior y precisamente por su ausencia, para regular una materia que por no estar reservada a la Ley formal, corresponde su regulación al Ejecutivo por vía Reglamentaria, cumpliendo una función normativa, y de acuerdo con dicha doctrina...la omisión del dictamen del Consejo de Estado no conlleva ningún efecto anulatorio, pues se trata de una disposición de carácter general plenamente independiente...”

También en este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 3 de octubre de 1996 (Ar. 7203), que en su fundamento jurídico tercero reproduce literalmente las expresiones utilizadas en la Sentencia que se acaba de transcribir.

Como vemos, es ésta exigencia de dictamen del Consejo de Estado para los reglamentos ejecutivos y la no exigencia del mismo en los casos en los que nos hallamos en presencia de un Reglamento independiente, una línea jurisprudencial bien asentada dentro del Tribunal Supremo.

De todos modos, no deja de ser sorprendente la “normalidad” con la que el Tribunal Supremo acepta la existencia de reglamentos independientes, cuando la mayoría de la doctrina los repudia, y las piruetas que en ocasiones tienen que efectuar los pronunciamientos jurisprudenciales para salvar la legalidad de los reglamentos objeto de litigio, tratando, en unos casos, de salvar la calificación de independientes desde el punto de vista material de los mismos por el engarce con alguna Ley y, en otras ocasiones, con la calificación de independiente a la hora de la no exigencia desde el punto de vista formal del dictamen del Consejo de Estado y no proceder a la anulación del mismo por esta vía. Y es que, como ya hemos comentado en algún momento anterior, el Tribunal siempre está atento a los efectos caóticos desde el punto de vista práctico que se producen cuando se anula una norma y todos los efectos generados bajo la vigencia de la misma, por lo que deben ser argumentos muy sólidos o situaciones muy sangrantes las que den lugar a la anulación por vía judicial de la norma reglamentaria que se impugna, lo cual en muchas ocasiones no es del todo correcto desde el punto de vista jurídico, puesto que se le da manga ancha a la Administración para actuar con un mayor margen de discrecionalidad, que debiera ser reducido de una manera más efectiva mediante el posterior control en sede judicial.

Otro aspecto importante que nos gustaría señalar en orden a anticipar ideas de lo que en un momento posterior de este trabajo será tratado, es la exigencia con carácter también muy acusado en nuestra jurisprudencia de la audiencia a las asociaciones u organizaciones reconocidas por la Ley que representen algún interés digno de protección en la elaboración de las normas reglamentarias, intentando dar así cumplimiento a lo establecido en el artículo 105 a) de la Constitución. La ausencia de estos trámites de audiencia se considera por la jurisprudencia como un vicio grave de procedimiento y dan lugar a la anulación de aquellos reglamentos que no lo hayan observado. Se volverá sobre el particular. Nos interesa aquí tan solo destacar que resulta de gran interés la doctrina aludida como herramienta coadyuvadora para dotar de un componente más democrático a la norma reglamentaria ante el déficit de carácter que se predica siempre de este tipo de normas. Es evidente que la exigencia de este requisito como un elemento esencial del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias está en consonancia con el ideal de Estado que se pretende instaurar en la Constitución española de 1978. Hay que tener, sin embargo, cuidado con el desarrollo práctico de estas cuestiones, porque puede darse pie con ello al establecimiento de lobbies difícilmente controlables por su peso político y financiero y que realmente defiendan intereses no del todo confesables que, por supuesto, no redundan en el interés general de los sectores implicados en una materia concreta. Sobre todo, lo más complicado es el reconocimiento de un interés legítimo en favor de alguien en aras a dotarle de capacidad de obrar en este ámbito para la protección de sus intereses y la manera de regular de una manera proporcionada y efectiva ese reconocimiento de legitimación. De todos modos, es deseable que se siga profundizando en esta línea jurisprudencial de exigencia del trámite de audiencia como elemento esencial en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias.

En definitiva, la jurisprudencia reconoce la existencia de reglamentos independientes tras la aprobación de la Constitución española de 1978 y los diferencia de los reglamentos ejecutivos en base a los criterios materiales y formales que hemos visto.

4. La postura de nuestra jurisprudencia en torno a otras cuestiones importantes relacionadas con la materia

4. 1. No aplicación de la reserva de ley a normas preconstitucionales

Es doctrina consolidada de nuestro Alto Tribunal, en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, al que sigue en este punto, el que no es exigible con carácter retroactivo la necesidad de que determinadas materias estén recogidas en preceptos legales para las normas preconstitucionales, por la no aplicación de la institución de la reserva de Ley a normas aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. La sentencia recogida en el repertorio Aranzadi con el número 2066 del año 1991 resume de una manera nítida la posición del Tribunal Supremo al respecto. En su fundamento jurídico tercero se dice que el Tribunal Constitucional "...tiene declarado que no es posible exigir tal reserva de manera retroactiva"... "que no pueden considerarse nulas e inaplicables las disposiciones reglamentarias anteriores a la Ley Fundamental, respecto de las que no existe reserva de ley"... "que si bien las habilitaciones de leyes preconstitucionales no pueden usarse después de la entrada en vigor de la Constitución para definir infracciones y establecer sanciones, ello no empece para que los tipos definidos en normas reglamentarias, dictadas con cobertura legal antes de la Constitución, tengan validez y eficacia." El Tribunal Constitucional ya había dejado sentada esta jurisprudencia desde tiempos tempranos. Ya en la sentencia de 8 de abril de 1981 (BOE de 25 de abril) sobre el derecho de huelga se pronuncia categóricamente al respecto en estos términos:

"se ha alegado con acierto que no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación".

También se pronuncian en este mismo sentido las sentencias de 7 de mayo de 1981 (BOE de 21 de mayo) y la de 16 de junio del mismo año (BOE de 16 de julio).

En aplicación de esta doctrina pueden citarse también numerosas sentencias del Tribunal Supremo, aparte de la referida, que corroboran lo asentado que está esta línea jurisprudencial, como la de 18 de octubre (Ar. 6960), la de 23 de octubre, la de 22 de noviembre (Ar. 8731), la de 16 de diciembre (Ar.

9216), todas ellas de 1991; la de 11 de febrero (Ar. 705), la de 22 de febrero (Ar. 844), las de 26 de febrero (Ar. 850 y 854), la de 20 de marzo (Ar. 1809), la de 24 de abril (Ar. 2732), la de 25 de octubre (Ar. 7185), todas ellas de 1993; la de 10 de noviembre de 1994 (Ar. 9045), la de 18 de septiembre de 1995 (Ar. 6457) o las dos dictadas el 1 de marzo de 1996 (Ar. 2039 y 2040).

La práctica totalidad de estas sentencias del Supremo se dictan como consecuencia de la imposición de sanciones con base en preceptos preconstitucionales. Se produce, por tanto, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador una reserva de Ley muy intensa, pues tras la aprobación de la Constitución española de 1978 está cubierto por una reserva de Ley material, regulada en el artículo 25 del texto constitucional y que la jurisprudencia aplica con un notable grado de exigencia, estando plenamente consolidada la doctrina jurisprudencial que impone la obligatoriedad del sometimiento pleno en este terreno al principio de legalidad y el respeto del principio de tipicidad, ya que los hechos que dan lugar a sanción deben estar perfectamente definidos en la norma con rango de Ley, sin que le quepa al Reglamento en este campo normativo ninguna posibilidad de innovación. Existe, por consiguiente, una reserva de Ley reforzada en materia sancionadora, no aplicable con carácter retroactivo a las normas preconstitucionales, como tienen declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. Como ejemplo de la exigencia de sometimiento pleno al principio de legalidad y el respeto al principio de tipicidad por parte de los reglamentos que se dicten en materia sancionadora se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1993 (Ar. 5471) ó la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1982 (BOE de 17 de noviembre).

También es algo más intensa la reserva de Ley en la materia tributaria, campo tradicional de protección por la Ley en nuestro constitucionalismo debido a las relaciones que presenta con el derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de declarar en varias ocasiones que la Ley debe contener en todo caso la creación ex novo de un tributo, así como la definición y determinación de los elementos esenciales del mismo, sin que pueda dejarse a la regulación reglamentaria este tipo de cuestiones. No se establece una intensidad tan alta en este campo como se hace en el terreno sancionador pero si se cualifica la intensidad de la reserva que habitualmente es requerida. Los preceptos constitucionales, artículos 33 y 133, que aluden a esta materia reflejan en su texto la necesidad de la regulación por Ley, la cual tiene, como vemos, que tener un contenido material importante.

4. 2. Naturaleza jurídica de las circulares

El Tribunal Supremo ha declarado repetidamente que las Circulares no tienen carácter ordinamental y, por tanto, no pueden tener naturaleza de disposiciones generales.²⁴⁴

Esta jurisprudencia no hace sino corroborar lo que sobre las mismas se comentó en otro apartado de este trabajo al hacer referencia a los titulares de la potestad reglamentaria tras la aprobación de la Constitución y negar el carácter reglamentario a las mismas. Otra cosa bien distinta es lo que debe decirse de las Circulares del Banco de España, las cuales tienen un marcado carácter reglamentario, pero sobre ellas volveremos más adelante en el apartado correspondiente a las Autoridades Administrativas Independientes.

Otra constante que se repite en los pronunciamientos del Tribunal Supremo es la exigencia de la publicación de las Circulares en el Boletín Oficial del Estado para que puedan producir efectos jurídicos ad extra, careciendo totalmente de los mismos sin la citada publicación en el periódico oficial. Esta arraigada jurisprudencia, en la que tiene bastante que ver la influencia ejercida por la doctrina, puede ser hallada en las sentencias de 12 de mayo de 1992 (Ar. 3498), de 15 de marzo de 1994 (Ar. 1758), de 16 de marzo y de 29 de marzo del mismo año (Ar. 1760 y 1899 respectivamente), de 30 de mayo y 28 de septiembre de 1995 (Ar. 4044 y 6767), o las de 16 de enero (Ar. 270), 9 de febrero (Ar. 1058) y 18 de marzo (Ar. 2529) de 1996.

4. 3. Posibilidad de desarrollo reglamentario por las Comunidades autónomas de la legislación básica estatal si no existe reserva de Ley material o formal en la materia.

Esta cuestión es abordada por la sentencia de 30 de septiembre de 1991 (Ar. 7760), que acepta esta posibilidad con el límite anunciado de que no exista una reserva material o formal de Ley en la materia, lo cual resulta cuando menos discutible. En todo caso, en coherencia con lo que exige el propio Tribunal Supremo, debe exigirse que la Ley estatal que fije las bases en la materia realice la regulación de las cuestiones que se consideren básicas, sin que pueda hacer dejación de esa función y sin que la posible norma reglamentaria que dicte la Comunidad Autónoma pueda infringir las bases estatales.

²⁴⁴ Véase entre otras la STS de 30 de septiembre de 1991, Ar. 7638.

5. Conclusiones

1. La aceptación de la existencia de reglamentos independientes después de la Constitución española es un hecho indudable en nuestra jurisprudencia.

Desde los primeros tiempos de andadura constitucional, nuestro Tribunal Supremo reconoció la posibilidad de dictar reglamentos independientes por parte de la Administración. Además, otorgaba un ámbito muy amplio a los mismos. En muchas de esas ocasiones pesaba sobre el Tribunal Supremo el hecho de los perniciosos efectos que una sentencia anulatoria de los reglamentos que estaba analizando produciría.

2. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, éste siempre ha sido muy precavido a la hora de pronunciarse en torno a la existencia de reglamentos independientes en nuestro ordenamiento tras la aprobación de la Constitución de 1978, pero se puede decir que los acepta implícitamente al no pronunciarse ni una sola vez firmemente en contra ni corregir la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.

3. Poco a poco se va abriendo paso una línea jurisprudencial dentro del Tribunal Supremo que circunscribe el dictado de reglamentos independientes al ámbito organizacional y de relaciones especiales de sujeción, como consecuencia de la influencia que la doctrina del Profesor García de Enterría ejerce en nuestra jurisprudencia.

4. Sin embargo, a pesar de lo anteriormente afirmado, existe siempre una tentación dentro de nuestra jurisprudencia, bien por razones prácticas bien por tradición jurídica de otorgar gran amplitud de acción al Reglamento independiente, apartándose de esta forma de los postulados de García de Enterría. Esta tendencia jurisprudencial se traduce en entender que la Administración puede emitir reglamentos independientes en todas aquellas materias sobre las que no exista una reserva material o formal de Ley, desvirtuando de esta forma la propia doctrina enterriana.

5. En realidad, a nivel teórico parece aceptarse la doctrina de García de Enterría, porque dicha aceptación tiene unos efectos jurisprudenciales y doctrinales beneficiosos. Sin embargo, en la práctica, se hace un uso indebido de la doctrina del aludido Profesor, porque se otorga más poder de acción al Reglamento independiente, intentando engarzarlo con la habilitación dudosa de alguna Ley o recurriendo a cualquier otro tipo de justificación para no anular la norma reglamentaria independiente que se analiza.

6. Los criterios de distinción entre el Reglamento independiente y el Reglamento ejecutivo parecen bien asentados. Son dos esos criterios de distinción, uno material y otro formal. El material hace referencia a que los reglamentos ejecutivos deben dictarse para pronunciarse de una manera complementaria sobre una materia que ha sido regulada previamente por una Ley, bien en base a una reserva material o a una reserva formal. En cambio, el Reglamento independiente se proyecta sobre materias de organización y de relaciones especiales de sujeción. El fundamento del Reglamento ejecutivo se encuentra en la habilitación que la Ley establece en favor del mismo. El fundamento del Reglamento independiente está en el reconocimiento de una potestad reglamentaria general en favor del Gobierno en el artículo 97 de la Constitución.

Por otra parte, los límites del Reglamento ejecutivo son los del respeto a la habilitación recibida de la Ley a la que complementan, debiendo regular tan sólo los aspectos secundarios de la materia y con un mínimo margen de innovación que no puede suponer una libertad de acción sustantiva. Sin embargo, los límites del Reglamento independiente vienen marcados por el respeto a las reservas materiales de Ley que se prevén en la Constitución y por la sujeción al principio de jerarquía o reserva formal. Dentro del respeto a estos principios, el Reglamento independiente puede efectuar una regulación de la materia con un notable grado de discrecionalidad, discrecionalidad que sólo será fiscalizable a posteriori en sede judicial.

Por lo que hace referencia al criterio formal de distinción entre el Reglamento independiente y el Reglamento ejecutivo, el mismo viene determinado por la exigencia que impone nuestra jurisprudencia de que el Reglamento ejecutivo respete en el procedimiento de elaboración el trámite de la consulta al Consejo de Estado, sin que sea necesario ese trámite cuando se está en presencia de un Reglamento independiente. El no respeto de este trámite es causa de nulidad del Reglamento ejecutivo. Además, el Reglamento ejecutivo debe observar otro trámite adicional siempre que ello sea posible, cual es el de dar audiencia a las asociaciones u organizaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración en cumplimiento de lo establecido en el artículo 105 a) de la Constitución, cuestiones que no se exigen al Reglamento independiente y que, sin embargo, deberían exigírsele también en la medida en que fuese posible. Ese parece ser el camino elegido por la nueva regulación contenida en la Ley del Gobierno, que en el artículo 24 establece cuál habrá de ser el procedimiento de elaboración de los reglamentos y deroga en este punto la anterior regulación

subsistente en el artículo 130 de la LPA. Así debería ser interpretado por nuestra jurisprudencia.

7. La potestad reglamentaria de los Ministros está supeditada a las materias propias de su Departamento y siempre que se les habilite para dictar este tipo de normas. El Gobierno no puede delegar en los mismos la facultad de desarrollar las previsiones contenidas en las leyes, es decir, no puede delegar en favor de los Ministros cuando está haciendo uso de su potestad reglamentaria ejecutiva.

Dicha delegación sólo es posible cuando esté atribuida por una Ley o por un Decreto del Gobierno para el desarrollo de cuestiones objetivas y secundarias, concretas y con nulo margen de discrecionalidad. Es, sin embargo, en el ámbito de las materias organizativas y de relaciones especiales de sujeción de competencia de su Departamento donde le concede la jurisprudencia un mayor grado de discrecionalidad a la potestad reglamentaria de los Ministros. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando en este sentido desde unos inicios donde se admitía una potestad reglamentaria genérica de los Ministros, justificada incluso por algunas sentencias en el artículo 98,2 de la Constitución, como lo hizo la sentencia de 15 de junio de 1982, hasta la tesis de la potestad doméstica que se sigue actualmente.

ABRIR C) XI.

