



UNIVERSITAT DE BARCELONA

La reserva de ley en la Constitución española de 1978

Esther Martín Núñez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Universitat de Barcelona

Departament de Dret Constitucional i Ciència Política

Programa de doctorado: El Estado social en la Constitución Española de 1978

Bienio: 1991-1993



LA RESERVA DE LEY EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Tesis presentada por Esther Martín Núñez
para optar al título de Doctora en Derecho

Director: Dr. Miguel Angel Aparicio Pérez
Tutor: Eliseo Aja Fernández

Barcelona, octubre 2000

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0701050884

ÍNDICE

| | |
|--------------------------|----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 6 |
|--------------------------|----------|

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO I. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE RESERVA DE LEY | 13 |
|---|-----------|

| | |
|--|----|
| 1. Introducción | 13 |
| 2. La formulación inicial del concepto de reserva de ley bajo la monarquía constitucional alemana | 14 |
| 2.1. Un presupuesto previo: el dualismo de la estructura constitucional... 14 | |
| 2.2. El ámbito de intervención de la ley..... 23 | |
| 2.2.1. La reserva de ley como elemento que permite definir el concepto de ley en sentido material..... 24 | |
| 2.2.2. El concepto de reserva de ley de Otto Mayer: institución de garantía y protección de derechos | 34 |
| 2.3. La virtualidad de la reserva de ley en esta época | 40 |
| 2.3.1. La función de delimitación de la reserva de ley..... 43 | |
| 2.4. Materias no sujetas a reserva de ley o excluidas de la reserva..... 46 | |
| 2.5. El alcance de la reserva de ley | 48 |
| 2.5.1. La distinción entre reserva de ley y primacía de la ley | 49 |
| 2.5.2. El carácter no vinculante de la reserva de ley | 54 |
| 2.6. Conclusiones..... | 59 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO II. LA RELACIÓN LEY-REGLAMENTO EN EL SISTEMA FRANCÉS..... | 62 |
|---|-----------|

| | |
|---|----|
| 1. Breve referencia al sistema de fuentes en la tradición monista francesa . 62 | ✓ |
| 2. Las primeras concepciones sobre la existencia de una reserva de ley durante la III República francesa: los límites al poder de delegación del legislador | 67 |
| 2.1. Los límites materiales a las habilitaciones legislativas al reglamento 68 | |
| 2.2. La doctrina de Carré de Malberg..... 74 | |
| 2.2.1. La inexistencia de una reserva de ley en la III República francesa como consecuencia de la ausencia de una justicia constitucional. 74 | |
| 2.2.2. El reglamento como norma secundaria y necesariamente <i>secundum legem</i> | 78 |
| 2.2.3. El reglamento como acto ejecutivo fruto de una habilitación. El rechazo a la teoría de la delegación legislativa | 81 |

| | |
|---|------|
| 3. Las materias reglamentarias por naturaleza y la génesis de una reserva de ley bajo la IV República francesa..... | 83 |
| 3.1. Introducción. El contexto histórico..... | 83 |
| 3.2. La ley como norma delimitadora de poderes normativos y sus límites | 86 |
| 3.2.1. Los límites al poder de delegación del legislador: las materias legislativas por la tradición constitucional republicana. | 88 |
| 3.2.2. La ineficacia de una reserva de ley en ausencia de una justicia constitucional..... | 91 |
| 4. La existencia de una reserva de ley en la Constitución de la V República | 95 ✓ |
| 4.1. La relativa ruptura de los precedentes en las relaciones ley-reglamento con la constitución de 1958..... | 95 |
| 4.2. La configuración de la ley a partir del art. 34 CF..... | 102 |
| 4.3. El ámbito de intervención de la ley..... | 104 |
| 4.3.1. La previsión del art. 34 CF..... | 104 |
| 4.3.2. El criterio <i>mise en cause/mise en œuvre</i> para delimitar la función de la ley y la del reglamento | 106 |
| 4.3.3. La extensión del ámbito de la ley | 109 |
| 4.3.4. Los límites del legislador | 113 |
| 4.4. La configuración del poder reglamentario como <i>secundum legem</i> .. | 115 |
| 4.5. Mecanismos de protección del sistema de fuentes establecidos en la Constitución. | 119 |
| 4.6. Conclusiones..... | 125 |

CAPÍTULO III. LA RESERVA DE LEY EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA 128

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 128 |
| 2. Las materias legislativas por naturaleza: una tradición constitucional.... | 129 |
| 3. La ruptura de la tradición: el período franquista | 137 |
| 3.1. Los referentes normativos: la Ley de Cortes de 1942 y la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967. El análisis legal. | 137 |
| 3.2. El análisis doctrinal: la discusión sobre la existencia de una reserva reglamentaria | 141 |
| 3.2.1. Argumentos que defienden la existencia de reglamentos autónomos..... | 142 |
| 3.2.2. Argumentos que defienden la inexistencia de una reserva reglamentaria..... | 145 |
| 4. El proceso constituyente..... | 146 |
| 4.1. Los primeros intentos de establecer una reserva reglamentaria..... | 147 |
| 4.1.1. El borrador constitucional | 148 |
| 4.1.2. El anteproyecto de Constitución..... | 149 |

| | |
|--|-----|
| 4.2. El rechazo de la reserva reglamentaria..... | 152 |
| 4.2.1. Causas que motivaron el rechazo | 154 |

CAPITULO IV. RESERVA DE LEY Y SISTEMA NORMATIVO .. 158

| | |
|--|-------|
| 1. La reserva de ley en el sistema de fuentes | 158 ✓ |
| 1.1. Introducción..... | 158 |
| 1.2. Principio de legalidad y reserva de ley..... | 160 |
| 1.2.1. Las diferentes acepciones del principio de legalidad | 160 |
| 1.2.1.1. El principio de legalidad como no contrariedad a la ley | 161 |
| 1.2.1.2. El principio de legalidad en sentido formal..... | 162 |
| 1.2.1.3. El principio de legalidad en sentido sustancial..... | 163 ✓ |
| 1.2.2. Su plasmación en el derecho positivo | 164 |
| 1.2.3. Reserva total <i>versus</i> pluralidad de reservas..... | 167 |
| 1.2.3.1. Fundamentos que pueden justificar la existencia de una reserva total en nuestro ordenamiento | 171 |
| 1.2.3.2. Fundamentos para rechazar la tesis de la reserva total | 174 |
| 1.2.4. Elementos para identificar una reserva de ley. Su distinción de los reenvíos a la ley | 178 |
| 1.3. Reserva de ley y relación de competencia entre fuentes..... | 187 |
| 1.3.1. El entendimiento de la reserva de ley como norma de competencia normativa..... | 187 ✓ |
| 1.3.2. Los límites temporales de la reserva de ley y su eventual carácter retroactivo. La cuestión de los reglamentos preconstitucionales en las materias reservadas a la ley..... | 191 |
| 1.4. Elementos que ayudan a determinar el ámbito de la ley. | 200 |
| 1.4.1. La primacía de la ley | 200 |
| 1.4.2. La ausencia de reserva reglamentaria | 205 |
| 1.4.3. La deslegalización como técnica que restringe el ámbito de la ley | 209 |
| 1.4.4. El exceso legislativo y la disminución de las garantías | 214 |
| 1.4.5. Sobre la existencia de una reserva de administración | 220 |
| 2. Tipología de reservas | 226 ✓ |
| 2.1. Reservas ordinarias y reservas reforzadas | 228 |
| 2.2. Reserva absoluta y reserva relativa | 232 |
| 2.3. La recepción por el Tribunal Constitucional de estas tipologías | 234 |
| 2.4. Críticas a la distinción entre reserva absoluta y relativa | 237 |
| 2.4.1. La porosidad de la reserva absoluta o la validez del reglamento en el ámbito de la reserva absoluta..... | 237 |
| 2.4.2. El difícil fundamento de la distinción..... | 241 |

CAPÍTULO V. SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA RESERVA DE LEY EN LA ACTUALIDAD..... 248

| | |
|--|-------|
| 1. La vinculación del legislador a la Constitución | 248 |
| 2. El significado actual de la reserva de ley | 252 ✓ |
| 2.1. La necesidad de buscar una nueva <i>ratio</i> de la reserva de ley | 252 ✓ |
| 2.2. La reserva de ley como norma que reserva al legislador el <i>cierre</i> de la apertura constitucional | 259 ✓ |
| 2.3. La reserva de ley como mecanismo de protección de las minorías | 262 |
| 2.3.1. El marco institucional | 262 |
| 2.3.2. El procedimiento legislativo como mecanismo de participación de las minorías | 265 |
| 2.3.3. La admisión de las disposiciones legislativas del Gobierno para cubrir las materias reservadas a la ley | 272 |
| 2.3.3.1. El caso de los Decretos leyes | 274 |
| 2.3.3.2. Los Decretos legislativos | 277 |
| 2.4. La reserva de ley como garantía de la ley | 281 |
| 2.5. Reserva de ley y derechos fundamentales | 283 |

CAPÍTULO VI. LA COLABORACIÓN INTERNORMATIVA ENTRE LEY Y REGLAMENTO 291

| | |
|---|-------|
| 1. El fundamento y alcance de las remisiones legislativas | 291 |
| 2. La función de las remisiones | 298 |
| 2.1. La definición de las condiciones de elaboración de reglamentos | 303 |
| 2.2. La modificación del titular de la potestad reglamentaria | 307 |
| 2.3. El grado de discrecionalidad del poder reglamentario | 312 |
| 2.4. ¿La existencia de una obligación de ejecutar las leyes? | 314 |
| 3. La intensidad de las remisiones legislativas | 322 |
| 3.1. La intensidad de la intervención del legislador. La teoría de la esencialidad | 325 |
| 3.2. La existencia de sectores o ámbitos con una fuerte determinación reglamentaria. | 329 |
| 3.2.1. El aspecto cambiante del sector o la fuerte mutabilidad de la materia..... | 331 |
| 3.2.2. Remisiones por cuestiones técnicas | 332 |
| 3.2.3. Admisión genérica de las remisiones en materia de sanciones administrativas..... | 335 |
| 3.3. La definición de un reglamento ejecutivo | 340 |
| 3.3.1. El reglamento formal y materialmente ejecutivo | 340 |
| 3.3.2. Reserva de ley y deslegalización. La deslegalización crea un reglamento formalmente ejecutivo y materialmente independiente..... | 350 |
| 4. La cuestión del reglamento independiente | 351 ✓ |
| 4.1. Introducción..... | 351 |
| 4.2. La admisión de reglamentos independientes <i>ad intra</i> | 356 |

| | |
|---|-------|
| 4.2.1. La justificación teórica del reglamento independiente <i>ad intra</i> .. | 356 |
| 4.2.2. El lugar de la reserva de ley en el seno de la organización administrativa | 361 |
| 4.3. La admisibilidad del reglamento independiente <i>ad extra</i> | 368 |
| 4.3.1. La discusión doctrinal | 369 |
| 4.3.2. Los supuestos de admisión: los reglamentos habilitados | 376 ✓ |

CAPÍTULO VII. EL CONTROL DE LA RESERVA DE LEY 386

| | |
|---|-------|
| 1. La reserva de ley como parámetro de control de la ley | 386 ✓ |
| 1.1. El control de las remisiones normativas | 386 |
| 1.2. El control constitucional de las remisiones | 388 |
| 1.3. El control en las materias originarias de la reserva de ley | 396 |
| 1.3.1. La reserva fiscal | 396 |
| 1.3.2. La reserva penal | 403 |
| 1.3.3. El derecho de propiedad | 410 |
| 1.3.4. El estatuto de los funcionarios públicos | 412 |
| 2. El control de la reserva de ley | 413 ✓ |
| 2.1. Introducción | 413 |
| 2.2. Diferentes apreciaciones respecto al incumplimiento por el legislador de su competencia | 418 |
| 2.2.1. La técnica de la conformidad bajo reserva y la necesaria precisión de la ley | 419 |
| 2.2.2. La entrada en vigor de la ley y la reserva de ley | 421 |
| 2.2.3. Modos de examinar el respeto del legislador a la reserva de ley | 423 |
| 2.2.3.1. Dos modos o grados de control | 423 ✓ |
| 2.2.3.2. El requisito de la proporcionalidad. Una única naturaleza del control | 425 ✓ |
| 2.2.4. La reserva de ley desde la perspectiva de la cuestión de inconstitucionalidad | 426 ✓ |
| 3. Los límites de la reserva de ley | 433 ✓ |
| 3.1. Las reservas de otras funciones constitucionales | 434 |
| 3.2. La reserva de ley como límite a la actividad integradora del juez y a la actividad <i>creadora</i> del Tribunal Constitucional | 436 |
| 3.3. Otros límites de la reserva de ley | 440 |

CONCLUSIONES..... 445

BIBLIOGRAFIA..... 458

INTRODUCCIÓN

La reserva de ley es una noción formada progresivamente, desde su nacimiento a finales del siglo XIX hasta la actualidad, manteniendo todavía una gran fuerza o vitalidad. Dicha transformación se hace especialmente manifiesta en cuanto a su contenido y función, aspectos sobre los que, si bien existen incertezas respecto a su alcance, no obstaculizan que dicha institución sea constantemente utilizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para determinar su función y sus características. El único aspecto en el que parece haber un cierto consenso es en el de la importancia de la reserva en la definición del lugar de la ley y de sus relaciones con el reglamento.

El estudio histórico de la reserva de ley puede permitirnos una mejor comprensión de esta institución. El nacimiento del concepto de reserva de ley se inscribe en un contexto político concreto que corresponde a la evolución de las relaciones sociales bajo la monarquía constitucional germánica del siglo XIX. El conjunto de estos datos explicará la génesis de esta institución y el por qué es totalmente desconocida, durante la misma época, en otros países con una estructura política diferente, como Francia. En sistemas presididos por una concepción jacobina de la ley, donde el reglamento no tiene más función que la de ser un desarrollo ejecutivo de las leyes previas, el instituto de la reserva de ley no tiene ninguna utilidad: no debe reservarse específicamente nada a la ley porque, por definición, todo le está reservado¹.

Ciertamente, la reserva de ley es, originariamente, una construcción teórica de la doctrina alemana, pero la idea básica que subyace en esta institución es

¹ Vide SANTAMARIA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 773.

patrimonio común de todos los regímenes liberales. Incluso cuando cambia la estructura política del Estado en el que nace la reserva de ley, con la implantación del régimen parlamentario, la institución sobrevive, aunque, evidentemente, exige una reformulación de la misma que permita adaptarla a las nuevas condiciones y exigencias del nuevo modelo de Estado, y esta adaptación supone también, como veremos, un cambio en la función de la reserva.

El estudio histórico también nos invita a percibir el carácter evolutivo de la noción con relación a la definición actualmente reconocida. Hasta qué punto esta institución *heredada* puede tener vigencia en nuestro ordenamiento si se le reviste de la misma envoltura que tenía cuando fue creada. Si bien es cierto que existe una dependencia funcional de determinados conceptos de derecho público -como el que ahora analizamos- y la respectiva estructura constitucional, y tal y como se preguntaba JESCH ¿pueden tener continuidad unos principios o conceptos dentro de una discontinuidad de estructuras constitucionales?² La doctrina de la reserva de ley parece indiferente a este cambio político y constitucional y los juristas continúan interpretando los conceptos como antes. El instituto persiste pero cambia de contenido y de función. En este momento histórico el peso de la institución recae en la garantía de los derechos y libertades públicas.

Podemos afirmar, que la noción de reserva de ley consagrada en la actualidad tiene pocos puntos en común con la reserva de ley originaria, a la que le faltaba la principal característica actual, consistente en ser una institución vinculante para el propio legislador. Ello denota que el concepto de reserva de ley se transforma bajo la influencia de factores que deberemos estudiar³. Uno

² JESCH, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 7.

³ La necesidad de un estudio histórico evolutivo de la reserva de ley es señalada por FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milán, 1963, pág. 5.

de estos factores es, precisamente, la estructura constitucional en la que se inserta esta institución, es decir, las concretas y peculiares relaciones que establece la Constitución respecto de los diversos órganos del Estado con capacidad normativa. Estas relaciones entre órganos repercuten, de forma paralela, en el contenido y amplitud de la reserva de ley, en sus fundamentos y en sus límites. En el terreno jurídico, la correspondencia normativa de esas relaciones entre órganos constitucionales conforma un ordenamiento en el que la ley, respetando la Constitución, ocupa en el sistema de fuentes una posición de preeminencia. La ley tiene atribuida una competencia universal -pues no tiene ámbitos prohibidos porque no existe reserva reglamentaria- y goza de una posición de primacía con respecto a las demás normas. Y esta situación puede conducir a negar la propia idea de reserva de ley. El presente trabajo pretende, así, analizar el sentido y la función de la reserva de ley en nuestro ordenamiento constitucional.

Por otra parte, nada indica que esta evolución no siga. El proceso de integración europea tiende a desposeer a los legisladores de los Estados miembros de su competencia a favor de una regulación supraestatal. Sin embargo, y tal como pretendemos demostrar en este trabajo, en los ordenamientos actuales que gozan de una constitución normativa, la reserva de ley no juega el papel de norma atributiva de competencia sino de mandato constitucional que impone el ejercicio de una potestad normativa, la legislativa, para la creación de la norma que debe regular la materia o el objeto reservado.

Las relaciones entre la ley y el reglamento, -una de las cuestiones sobre las que incide la reserva de ley- deben plantearse en función de las diferentes estructuras constitucionales en las que se insertan, pues es a partir de una concreta estructura constitucional que deben solucionarse los diferentes conflictos que se plantean. En este sentido se pronuncia JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 7-8. Así, GALLEGO ANABITARTE señala que todo el constitucionalismo moderno que se instaura en la Europa continental a comienzos del siglo XIX estaba, de forma consciente o inconsciente dirigido contra el reglamento, en sus diversas manifestaciones de Orden, Decreto, etc., como instrumentos consustanciales del Estado de policía de los siglos XVII y XVIII. *Vid. Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*, pág. 8.

Como es lógico, el advenimiento del Estado constitucional y democrático hacen cambiar la legitimación y la función de la reserva de ley. Por una parte, esta institución ya no sirve para fijar las relaciones entre un órgano democrático y otro que no lo es. Parlamento y Gobierno son instituciones que emanan directa o indirectamente de la soberanía popular. Además, en el marco de cada Constitución normativa, existe una dependencia específica entre el principio de la reserva de ley y dicha Constitución. Incluso en el seno de una misma Constitución, conformada por normas de estructura abierta, la reserva de ley se configura como una categoría en permanente orientación de forma paralela a la evolución del principio democrático. Los cambios en el concepto de libertad y en el propio de Estado así como la modificación y ampliación de las tareas de éste último se reflejan de forma inmediata en la discusión acerca de la distribución y límites de las competencias normativas entre Parlamento y Ejecutivo.

En nuestro ordenamiento constitucional, las manifestaciones del principio democrático se expresan en la definición del Estado como social y democrático de derecho con el reconocimiento del principio de soberanía popular, en el establecimiento de una Monarquía parlamentaria en la que adopta una indiscutible primacía jurídico-constitucional el Parlamento, al atribuírsele la titularidad de la potestad legislativa. De este modo, y de acuerdo con el principio de división de poderes, entendido como distribución de funciones, y la garantía normativa de los derechos fundamentales establecida por la nuestra constitución, corresponde al órgano representativo del pueblo la proyección normativa del principio democrático, en definitiva, la realización normativa de la Constitución.

Por otra parte, la instauración de una jurisdicción constitucional, habilitada para declarar la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Norma Fundamental y expulsarlas del ordenamiento, también repercute en el instituto de la reserva de ley, pues esta garantía de la supremacía jurídica de la Constitución, convierte

automáticamente al Poder Legislativo en un verdadero poder constituido y por ello, limitado por una norma superior, decayendo lo que la doctrina calificó como "soberanía del Parlamento".

La ley, expresión de la función legislativa atribuida por la Constitución al Parlamento, pierde su carácter de norma superior en favor de la Constitución, pero mantiene el de fuente primordial o "eje central" del orden jurídico. Una vez que se ha consolidado el principio de constitucionalidad y producido un cambio significativo en los órganos constitucionales, tales transformaciones han de reflejarse, necesariamente, sobre los institutos jurídicos a ellos vinculados. Paralelamente, la soberanía orgánica del Parlamento ya no puede seguir predicándose pues está sometido a la Constitución, aunque sigue ostentando la supremacía entre los órganos constitucionales y supremos del Estado.

En los sistemas parlamentarios se produce una fuerte vinculación entre Parlamento y Gobierno, en virtud justamente del principio democrático, que puede afectar a la reserva de ley. Ésta no puede entenderse actualmente como una regla de competencia o medio para asegurar al único poder representativo la normación de determinadas materias, pues la ley más que un límite para la actuación del Gobierno se ha convertido en un instrumento que permite y garantiza su actuación. El hecho de que tanto el Gobierno como el Parlamento posean actualmente un origen común democrático impide que pueda hablarse de dos legitimidades diferentes, aunque existan matices apreciables. El carácter democrático-representativo del Parlamento se traduce en la adopción de decisiones de acuerdo con la regla de la mayoría pero en base al pluralismo político y el procedimiento legislativo debe contemplar el debate público, así como el respeto y la oportunidad de actuación de las minorías parlamentarias, de modo que la oposición ejerza así el control de la mayoría-Gobierno en cuanto a la determinación del contenido de la ley en el ámbito de las materias reservadas.

Es en este sentido que la reserva actúa como una técnica para mantener el juego de las mayorías y minorías.

Así, el papel central que ocupa la ley dentro de nuestro ordenamiento, a pesar del surgimiento de nuevos tipos de fuentes, se explica básicamente por su procedimiento de elaboración: aunque la ley es generalmente expresión de la mayoría parlamentaria su especial cualidad la adquiere por haber sido adoptada a través de un procedimiento caracterizado por la confrontación de los diversos grupos políticos y la publicidad de los debates. Dado el origen parlamentario del Gobierno, la reserva de ley no puede consistir en la garantía al Parlamento de determinadas competencias frente a una posible usurpación de poder por parte del Ejecutivo, sino que su esencia debe residir en obligar al Parlamento a hacer uso de las competencias que le son propias por voluntad del constituyente y a no transmitir las al Gobierno a través de la correspondiente delegación o remisión. La reserva de ley se convierte así también en un límite, no a la función legislativa que la Constitución encomienda al Parlamento, sino a la libre voluntad del mismo, para desapoderarse de ella. Por ello, un estudio de la reserva de ley en el marco de una Constitución normativa debe analizar también los límites que conforman dicha institución.

PARTE I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESERVA DE LEY

CAPÍTULO I. EL ORIGEN DEL CONCEPTO DE RESERVA DE LEY

1. INTRODUCCIÓN

Pocas nociones han adquirido a lo largo de los siglos, y a pesar de haber atravesado diferentes formas de Estado y de gobierno, una tan significativa *estabilidad* como la de reserva de ley⁴.

La institución de la reserva de ley se remonta a los primeros documentos constitucionales que imponen la intervención de la ley, es decir, el consenso de los interesados o sus representantes -convocados por el Rey en Asamblea- para cualquier tipo de limitación o intervención en la esfera de libertad de los sujetos o en cuestiones relacionadas con la imposición de tributos o cargas⁵. Sin embargo, la reserva de ley adquiere con la formación del Estado liberal un significado más completo, -especialmente en el contexto de la estructura constitucional de la monarquía limitada-, pues a él se añade, en armonía con la

⁴ Quizá, una de las causas sea la relativa simplicidad de su estructura formal que la convierte en una institución fácilmente adaptable a los diversos contextos constitucionales, asumiendo, no obstante, diferentes significados político-institucionales. Esta simplicidad de la estructura de la reserva es señalada por la doctrina italiana, entre otros CRISAFULLI, V.; *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1984, pág. 55 y SORRENTINO, F.; *Lezioni sulla riserva di legge*, Genova, 1980, pág. 21 y sg. Entre la doctrina francesa *vid.* CARRÉ DE MALBERG, R.; Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de cultura económica, México, 1998, pág. 599. La pervivencia de dicha institución a pesar de los cambios de estructura constitucional ha sido señalada por PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 16-24.

⁵ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, T.I, 9ª. ed. CEDAM, Padova, 1975, pág. 340. Documentos del siglo XIII como la Carta Magna de 1215, art. 12, que contempla el principio de *no taxation without representation*, o incluso la expresión más completa que se encuentra en el art. 4 del *Bill of Rights* de 1689, que requería el consenso para imponer tributos o cargas, prohibición reafirmada contra los abusos del soberano, pueden ser considerados como figuras precursoras de la reserva de ley, aunque, ciertamente, la concepción más precisa o técnica de dicha institución no aparece hasta el Estado liberal. Sobre el valor de estos precedentes *vid.* FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milán, 1963, pág. 11-12, nota 18 y JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 102 y sg.

ideología política que caracteriza a esta forma de Estado, la garantía de los derechos económicos y de las libertades civiles de los individuos⁶. En el contexto de las monarquías limitadas la reserva de ley expresa, como veremos, la sucesiva sustracción de determinadas potestades normativas a la competencia y prerrogativa regia, y también, aunque bajo un punto de vista diferente pero convergente, la reserva de ley constituye una garantía de los derechos fundamentales -libertad y propiedad- contra el ejecutivo⁷.

2. LA FORMULACIÓN INICIAL DEL CONCEPTO DE RESERVA DE LEY BAJO LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL ALEMANA

2.1. UN PRESUPUESTO PREVIO: EL DUALISMO DE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

Se ha señalado que en el contexto de un Estado absoluto, en el que no se plantea el problema de la división de poderes, no puede hablarse de reserva de ley. Para GARCÍA MACHO, el presupuesto de esta institución es la división de poderes⁸, es decir, la distribución de poder entre diversas fuerzas sociales y la consecuente determinación de los ámbitos competenciales de Gobierno y Parlamento⁹. Sin embargo, algún autor ha afirmado que el instituto o principio de la reserva de ley es históricamente anterior a la división de poderes¹⁰, lo

⁶ Vid. JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 102 y sg. y FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milán, 1963, pág. 11-12. En Francia, el principio encuentra fundamento en la idea de la ley como expresión de la voluntad general, uno de los ejes ideológicos de la Francia revolucionaria.

⁷ Vid. FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milán, 1963, *passim*, en especial, pág. 61 y sg.

⁸ Entendida en el sentido de MONTESQUIEU que hace referencia a fuerzas políticas reales, en STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 119.

⁹ PÉREZ ROYO señala los tres elementos que conforman la reserva de ley: la división de poderes, los derechos fundamentales y la soberanía, en *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 18.

¹⁰ Así, BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 163. Ciertamente, encontramos, como se ha visto en nota 2, el

cual no le impide que pueda encajar perfectamente en la organización constitucional del Estado promovida por el liberalismo¹¹. No debemos olvidar, sin embargo, y siguiendo a JESCH que los conceptos de derecho público están sujetos a determinaciones históricas que hacen que puedan ser variables¹². Esta vinculación entre las estructuras constitucionales y el contenido y posición funcional de la ley se manifiesta en las concepciones monistas y dualistas sobre la misma. En los casos de una estructura estatal dual basada en el principio monárquico, como es el caso de la monarquía constitucional alemana del siglo XIX, se plantea un concepto dual de ley¹³, y cada cambio o variación en el modo de concebir las relaciones entre ejecutivo y legislativo en una concreta estructura constitucional comportará una diferente valoración de la ley¹⁴.

Las circunstancias políticas que presidieron la creación de la noción de reserva de ley se inscriben en la lucha por el poder entre la aristocracia y la burguesía que caracterizaron los siglos XVIII y XIX. La burguesía, que ostenta el poder económico, pretende conquistar el poder político, de monopolio monárquico. Esta confrontación opone a los diferentes órganos que representan a ambas clases sociales: los Ejecutivos y los Parlamentos -estos últimos con un sistema de elección censitario que los convierte en una fiel representación de la burguesía-. Jurídicamente este antagonismo se había concretado mediante el reconocimiento en los primeros documentos constitucionales de la necesidad del consentimiento de los Parlamentos para la creación de una nueva carga

principio que exige el consentimiento de los ciudadanos para toda imposición de una nueva carga fiscal, y por ello, pueden considerarse figuras precursoras de la reserva de ley.

¹¹ *Ibidem*, pág. 163.

¹² JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 5.

¹³ Dualidad que arrastra también al reglamento y que permite la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos. *Cifr.* JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 7 y 8.

¹⁴ En este sentido se pronuncia GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 19.

fiscal o de un nuevo tipo delictivo con la consecuente pena. La finalidad buscada era la de suprimir todo poder discrecional de los Príncipes en estas materias y confiarlas a la vigilancia de los representantes de la burguesía. Pero estos dos elementos no debían ser considerados mas que como unas excepciones limitadas al poder general de regulación del monarca.

El principio monárquico (*Monarchische Prinzip*) pretende fortalecer al poder ejecutivo apelando para ello a una legitimidad *dual* Parlamento-Corona¹⁵. La Corona ostenta, por derecho propio, un poder originario, en el sentido que no le viene derivado de la ley sino que es previo a ella y por tanto tiene atribuidas sus propias competencias. Por otro lado, el Parlamento se configura como un límite a la acción de la Corona en dos materias claves para la sociedad liberal de la época y que vienen concretadas en la cláusula *libertad y propiedad*. De este modo, todo lo que afecte a cualquiera de estas dos materias queda reservado a la ley, correspondiendo la regulación de las restantes materias al reglamento, en tanto que producto normativo propio de la Corona. Así, el sistema de reservas -reserva a ley y reserva a reglamento- responde a una estructura constitucional característica del dualismo germánico¹⁶.

Dentro de este esquema, la ley es fruto de la voluntad conjunta de la Corona y el Parlamento, y no puede modificarse sino concurren esas mismas voluntades. En virtud de ese carácter la ley ostenta la supremacía respecto a las normas emanadas del Ejecutivo siempre que actúe dentro del ámbito material reservado. Dicha supremacía, no obstante, viene matizada por el

¹⁵ CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 67.

¹⁶ La concepción de la reserva de ley como institución inherente a la estructura de la monarquía constitucional se encuentra en JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 169 y sg. Se ha señalado también que en algunas experiencias de monarquías limitadas el reparto de competencias realizado con la reserva de ley tiene también un efecto antiparlamentario a favor del ejecutivo, al circunscribir los campos en los que podía activarse el poder normativo de los representantes. En este sentido *vid.* CHELI, E.; *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milán, 1967, pág. 54, nota 11.

denominado principio de vinculación negativa¹⁷ que significa que los reglamentos de la Corona no pueden contradecir lo dispuesto por la norma legal si ésta actúa en el marco del ámbito reservado, pero son libres mientras se atengan a lo dispuesto por la ley, y en todo caso, fuera de dicho ámbito. Así, al reglamento le está permitido todo lo que no le está expresamente prohibido.

El contramodelo de este sistema dualista lo encontramos en aquellos Estados que proclaman el principio de soberanía nacional o parlamentaria en los que el Parlamento se constituye en la única fuente de legitimidad¹⁸. No hay más legitimidad que la que tiene su origen en el Parlamento que se configura como el único órgano del Estado que representa a la nación soberana. En consecuencia, la ley adquiere el carácter de norma primera y suprema del ordenamiento¹⁹, pues emana del legislador que ocupa esta posición suprema en su calidad de representante de la voluntad soberana. El origen de esta concepción se encuentra en dos sistemas jurídico-públicos bien diferentes: el parlamentarismo anglosajón y el modelo jacobino de origen francés. El primero atribuye la soberanía al Parlamento, el segundo a la Nación²⁰. La consideración que se le atribuye a la ley en la Francia revolucionaria provoca una equiparación entre la ley y la Constitución que impide establecer cualquier tipo de límite a la voluntad del legislador²¹. En el origen del Estado constitucional en España se manifiesta esta concepción. Así, señala PÉREZ ROYO "el punto de arranque del sistema de fuentes (...) no era la Constitución, sino la ley. La

¹⁷ GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 31.

¹⁸ GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 22.

¹⁹ CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 68.

²⁰ La concepción monista francesa encuentra su primera concreción en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, cuyo art. 6 establece: "la ley es expresión de la voluntad popular".

²¹ De esta consideración se deriva una consecuencia importante: "la ley viene a ocupar respecto de las demás normas la posición "originaria" que es propia de la Constitución". Vid. DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 136

Constitución pertenecía al mundo de la política y no al del Derecho. Como norma jurídica no jugaba ningún papel. La ley era auténticamente soberana, era la única norma en el ordenamiento jurídico general, primaria y absolutamente incondicional²². La posición preeminente de la ley determina que esté capacitada para regular cualquier tipo de materia, y por tanto, no tiene sentido la técnica del sistema de reservas²³. Dentro de este modelo, el reglamento sólo actúa cuando existe una ley previa que lo habilita. Rige así, el principio de vinculación positiva, según el cual el reglamento o bien es estrictamente ejecutivo o bien ha sido habilitado por una ley para regular una materia.

La cuestión del reparto de poderes normativos entre el Ejecutivo y el Legislativo depende estrechamente de la concepción de la soberanía que se mantenga. Abandonada la idea del Monarca como depositario de la soberanía era necesario determinar el nuevo titular. El imperio alemán consagra una vía intermedia entre la atribución de la soberanía al monarca o al pueblo. El titular de la misma pasa a residir en el Estado, que actúa a través de órganos los cuales son objeto de una ordenación jerárquica²⁴. En este contexto, la representación popular y los príncipes fueron declarados órganos del Estado, aunque la Corona asumiría la condición de órgano supremo del mismo, como consecuencia de la supervivencia del principio monárquico. El Ejecutivo no puede ser controlado por los Parlamentos porque es él, en el fondo, quien

²² PÉREZ ROYO, J.; *Las Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 16.

²³ CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 69.

²⁴ G. JELLINEK es el máximo exponente de la teoría orgánica. El punto de partida de su exposición es la consideración del Estado como persona jurídica que necesita de órganos para actuar. A partir de aquí crea una ordenación jerárquica entre ellos y clasifica los órganos estatales en mediatos e inmediatos y dependientes e independientes. Los órganos inmediatos son creados directamente por la Constitución y reciben de ella sus competencias o atribuciones. La determinación de órganos independientes hace referencia al hecho de que la voluntad emitida por ese órgano, sin el consenso de ningún otro, tenga validez como voluntad estatal. Y esta característica sólo es aplicable al Monarca, no a los Parlamentos, que necesitan del concurso de la voluntad regia para ejercer la función legislativa. *Vid. Allgemeine Staatslehre*, pág. 544, citado por PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 37.

ejerce el poder de dominio del Estado, quien tiene el poder de prerrogativa²⁵. Estas prerrogativas se reconocen en las propias Constituciones de los Estados y son consideradas por JESCH como el residuo del poder soberano y autónomo de los príncipes. El poder de los príncipes es superior al de la representación parlamentaria y constituye la pieza esencial de la Constitución.

En este sistema, y a diferencia de los sistemas que consagran la soberanía parlamentaria, el Ejecutivo no está bajo la dependencia del Parlamento, no está subordinado al legislativo. Por el contrario, dispone de una legitimidad que le es propia, distinta de la legitimidad parlamentaria. De aquí se deriva la subsistencia del principio monárquico en la Alemania de finales del siglo XIX²⁶. La consecuencia de esta clasificación orgánica era que en caso de conflicto sobre los límites de las atribuciones de los Príncipes y Parlamentos prevalecía la voluntad del monarca. Y ello, porque la fórmula de institucionalización de la monarquía limitada fue la Constitución otorgada, documento que supone, en este sentido, un límite para los Príncipes. Mientras los Parlamentos sólo poseen aquellas competencias que le han sido expresamente atribuidas, los Príncipes poseen todas aquellas atribuciones que no le han sido negadas expresamente.

La existencia de estas dos legitimidades, la monárquica y la parlamentaria, ha determinado que se hable de una estructura constitucional dualista en la

²⁵ Este poder de prerrogativa hacía referencia a los derechos que los príncipes poseían como ostentadores del poder estatal legitimados en el principio monárquico. Vid. GARCÍA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 30-31. JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 101-115. Vid. también, GAUDEMET, P.M.; "Paul Laband et la doctrine française de droit public", en *Revue de Droit Public*, 1989, pág. 974.

²⁶ Sobre el principio monárquico vid. GARCIA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 27 y nota 1, con los autores allí citados. Su origen reside en la *Charte* de 14 de junio de 1814, aunque son los autores germánicos los que lo han desarrollado y ha tenido un reconocimiento en las primeras constituciones alemanas del S. XIX. Vid. PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 156-158.

Alemania del siglo XIX²⁷. Las constituciones monárquico-constitucionales representan un compromiso entre el principio de la soberanía del monarca -o principio monárquico- y el de la separación de poderes. En este marco, el poder judicial es ejercido en nombre del monarca por jueces vitalicios que él nombraba; el poder ejecutivo se le atribuye de forma exclusiva, mientras que en la función legislativa se produce una concurrencia de voluntades: los Parlamentos tenían atribuido el *ejercicio* del poder legislativo, a los Príncipes se les confía una intervención esencial en la labor legislativa, el acto propiamente decisivo: la sanción.

Conforme a tales principios fue redactada la Constitución prusiana de 1850 en base a la cual se originó el conocido conflicto presupuestario prusiano, en 1862, característico de la confrontación entre la legitimidad democrática y la legitimidad monárquica. El art. 62 de la Constitución prusiana de 1850 exigía el acuerdo conjunto del Rey y de las dos Cámaras como condición imprescindible para la elaboración de toda ley²⁸. Los sectores conservadores de la sociedad, guiados por el Rey Guillermo I, tenían la pretensión de proceder a una reforma global de la armada prusiana, con la finalidad de hacer de ella un instrumento al servicio de su política. El ejecutivo pretendía establecer las bases de una nueva armada que comportaba especialmente, la ampliación del servicio militar a tres años. Para ello pretendía disponer de la competencia para proceder él mismo a realizar esta reforma, sin contar con la aprobación de la mayoría

²⁷ En estas condiciones, los dos órganos -Ejecutivo y Legislativo- concurren para conseguir el dominio del poder político, teniendo en cuenta que, si bien el monarca poseía una primacía respecto al Parlamento no podía determinar el contenido de su actividad, pues ésta venía predeterminada en las Constituciones. De todos modos, si existía una presunción de competencia regia: toda materia cuya regulación no estaba prevista en la Constitución pertenecía al ámbito de su actividad. La supremacía de los príncipes se manifestaba en el poder de convocatoria y disolución de los parlamentos provinciales, en un amplio monopolio de la iniciativa para elaborar leyes y en el control o dominio absoluto sobre la administración, el ejército y la diplomacia. *Vid.* GARCÍA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 33.

²⁸ Art. 62 Constitución prusiana de 1850: "El poder legislativo es ejercido conjuntamente por el Rey y las Cámaras. La conformidad del Rey y de las Cámaras es necesaria para toda ley".

liberal en el Parlamento, hostil a toda política belicista. La asamblea alegaba que esta reforma comportaba unos gastos públicos y, la Constitución atribuía a los Parlamentos el poder de votar el presupuesto. Consecuentemente, debía pronunciarse sobre su oportunidad. Las voluntades enfrentadas llevaron al rechazo parlamentario de votar el presupuesto que incorporaba las disposiciones a favor de la reforma militar. La única salida residía en la disolución de las Cámaras, pero las elecciones que siguieron confirmaron e incluso ampliaron la mayoría liberal²⁹.

Todo el problema de este conflicto entre órganos constitucionales residía en la discusión sobre la titularidad de los poderes normativos en una determinada materia, es decir, sobre el dominio del poder político. Y ello, porque la supremacía del Monarca no era absoluta, ni se extendía a todas las materias; en algunos casos era necesaria la voluntad concurrente de las Cámaras para llevar a cabo la actividad del Estado, y este era el ámbito de la legislación, considerado como el terreno propio de la sociedad. La lucha de la sociedad burguesa fue principalmente para conseguir la participación en la función de legislación, y para conseguir, mediante esta legislación, controlar y limitar la Administración monárquico-burocrática³⁰. En este contexto, la ley -como fruto de la función legislativa- es expresión del grado de libertad que la sociedad ha conseguido frente al Estado. Determinar el alcance de esta función supone determinar el ámbito de la ley y por ello, de las materias reservadas a la ley.

Sin embargo, la participación de los Parlamentos en la función legislativa no estaba siempre suficientemente concretada. Por ello, se trataba de saber quien, Monarca o Parlamentos, poseían las capacidades decisorias sobre una cuestión determinada. Algunas Constituciones utilizaban la cláusula *libertad y*

²⁹ Puede consultarse al respecto: PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 170-175; JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 29-30; TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 21-22.

propiedad para definir las materias en las que el Monarca necesitaba de la aprobación parlamentaria para poder actuar³¹. Pero otras Constituciones, como la prusiana, sólo prescribían competencias y procedimientos para la legislación, con lo cual, la amplitud de la reserva tenía que ser averiguada con base en concretos preceptos constitucionales que hacían referencia al ejercicio del poder legislativo, pero no mencionan en ningún momento la cláusula libertad y propiedad³².

En este contexto, el principal objetivo de la reserva de ley es encontrar una solución jurídica a una cuestión esencialmente política. La reserva de ley se presenta como un criterio de reparto de competencias normativas entre Parlamento y Monarca-Ejecutivo. Son, pues, las circunstancias históricas las que justifican la creación de esta institución, que se analiza como una respuesta adoptada y adaptada a una situación determinada. Por ello, puede decirse que la formulación concreta de la idea de reserva de ley responde a las peculiares exigencias de la estructura dualista de las monarquías germánicas del siglo XIX. Para SANTAMARÍA PASTOR su transposición a otros países más occidentales de Europa es consecuencia de la evolución política de estos países con un creciente predominio del ejecutivo y de la potestad reglamentaria que "ha terminado por reproducir en ellos un estado de cosas materialmente similar al sistema dualista germánico del siglo XIX".³³

³⁰ Vid. PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 46 y sg.

³¹ El texto clásico fue la Constitución de Baviera de 1818, en la que se establecía que "sin el consejo y el consenso de los estamentos del Reino, no podrá ser dictada ninguna nueva ley general que afecte a la libertad de las personas o a la propiedad de los súbditos, ni modificada, interpretada auténticamente o derogada una ya existente" (Título VIII, apart. 2).

³² Así, por ejemplo, la Constitución prusiana establecía cuarenta y una reservas especiales para la legislación que fueron interpretadas muy restrictivamente ya que la coparticipación de la representación popular en la actividad estatal era considerada una excepción a la regla de dirección monárquica del Estado, *vid.* en este sentido STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 121.

³³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 770

2.2. EL ÁMBITO DE INTERVENCIÓN DE LA LEY

La expresión *reserva de ley* se caracteriza, según su diseñador Otto MAYER³⁴, como una exclusión de la iniciativa del Ejecutivo en los sectores que quedan cubiertos por la reserva. La fundamentación de dicha institución se encuentra en el dogma de la división de poderes que triunfó en la Francia revolucionaria y en la idea de que la ley, como expresión de la voluntad popular, es el "único instrumento susceptible de afectar directamente a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos"³⁵. Ello permite establecer una clasificación entre aquellas materias que pertenecen al Ejecutivo y las que se atribuyen a la potestad legislativa³⁶. La reserva ley permite fijar el ámbito de la ley, del cual se deduce,

³⁴ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, T.1, pág. 92 y ss. Si bien MAYER fue quien denominó formalmente *reserva de ley* al mecanismo de reparto de potestades normativas, no es él el creador de dicha institución. BAÑO LEÓN sitúa los precedentes de la institución en el postulado revolucionario de la ley, primero anglosajón y después francés. Así, la prohibición de imponer tributos y la defensa contra los abusos del monarca del *Bill of Rights* de 1689; o ya en la Europa continental, el art. 6 de la Declaración de Derechos de 1789, a cuyo tenor, la ley es la expresión de la voluntad general. La idea de que los tributos y las penas fueran materias reservadas a la aprobación de los parlamentos estamentales fue elevada al rango de teoría política en el siglo XVII por J. LOCKE en su obra *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Para este autor, la finalidad básica de la comunidad estatal no es otra que la preservación de la libertad y propiedad de los ciudadanos, aspectos que no pueden ser afectados mas que con el consentimiento de los ciudadanos expresado por sus propios representantes, ya que justamente para defender su libertad y la propiedad se constituyó la comunidad política. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 771.

³⁵ BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 43.

³⁶ Con esta expresión intenta buscar una solución al conflicto planteado en torno al presupuesto y con base en la Constitución alemana del II *Reich* de 1871. Esta Constitución determina una organización de poderes del *Reich* conformada por el *Reichstag* -órgano de carácter representativo³⁶- que tenía atribuida la facultad de aprobar los presupuestos y compartía la función legislativa con el *Bundesrat* -o Consejo Federal- que era considerado como el órgano supremo del *Reich*, sobre todo en materia legislativa, pues no sólo tenía los mismos derechos del *Reichstag* sino que además disponía de una importante prerrogativa: la sanción. Como la sanción de las leyes había sido adjudicada al Consejo federal, la Constitución no podría atribuir al Emperador otra cosa que la promulgación (que de este modo quedó separada de la sanción en el *Reich*, mientras que en los Estados se incluía ambos conceptos), la representación internacional y la función de velar por el cumplimiento de las leyes, función que compartía con el Consejo Federal. La figura del Canciller quedaba reservada para la presidencia del Consejo Federal y la dirección de los asuntos.

por eliminación, el ámbito reglamentario, el ámbito del poder normativo propio del Ejecutivo monárquico.

La determinación del ámbito de intervención de la ley tiene una gran importancia. La reserva al legislador de una capacidad de intervención sobre una materia provoca una disminución de las facultades del ejecutivo monárquico. En este momento histórico se define a la ley a partir de las materias que le están reservadas³⁷; así, la institución de la reserva de ley permite o ayuda a definir el concepto de ley en estos Estados constitucionales³⁸.

2.2.1. La reserva de ley como elemento que permite definir el concepto de ley en sentido material

Las primeras ideas sobre la configuración de un ámbito material conferido al legislador fueron desarrolladas por Paul LABAND³⁹, para quien el concepto de

En el ámbito de la función legislativa la Constitución de 1871 establecía una serie de competencias que atribuía al *Reichstag*, pero no preveía unas materias que determinarían la competencia del Parlamento, definidas por la cláusula libertad y propiedad. Otto MAYER intenta establecer una correspondencia entre estas competencias y los ámbitos que aseguran los derechos fundamentales a los ciudadanos -la libertad y la propiedad. A partir de aquí se intenta establecer el vínculo entre reserva de ley y derechos fundamentales.

³⁷ Según PÉREZ ROYO, la doctrina dominante de la época afirma la admisibilidad de un poder reglamentario autónomo del ejecutivo en todas aquellas materias no expresamente reservadas a la ley, [*Vid.* PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, AAVV, Barcelona, 1985, pág. 112], lo cual es consecuencia de la pervivencia del principio monárquico y de la delimitación negativa de las facultades normativas propias del Monarca.

³⁸ Cuestión que consideramos completamente diferente a la actual. La problemática de la reserva de ley presupone un concepto de ley. C. STARCK señala en relación con la Ley Fundamental de Bonn que el concepto de ley es un concepto jurídico fundamental que está más presupuesto que objetivamente fijado en el Derecho Constitucional, en *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 109.

³⁹ El origen de la doble concepción de la ley se encuentra en la obra escrita el año 1871 a raíz del conflicto presupuestario prusiano *Das Budgetrecht nach der Bestimmungen der preussischen Verfassung*. *Vid.* igualmente *Le droit public de l'Empire allemand*, Giard et Brière, Paris, 1901, T. I, *passim*.

ley puede ser concebido desde un doble punto de vista, material y formal⁴⁰. Esta dualidad del concepto de ley viene a ser un reflejo de la estructura estatal dualista de la monarquía constitucional de la época⁴¹. Mientras el Estado absoluto no conocía una separación formal entre ley y reglamento, el Estado constitucional trajo consigo la necesidad de diferenciar los actos del Estado que se producían con la participación del Parlamento de aquéllos otros que podía dictar el ejecutivo por sí solo, produciéndose una escisión del ámbito de creación jurídica. JELLINEK lo expresa con las siguientes palabras: "... la significación más saliente de la distinción entre ley formal y material estriba en el hecho de que la misma es la *única que muestra el camino que conduce a una solución de uno de los problemas más difíciles del Derecho constitucional, el de la segregación de la competencia de la legislación constitucional frente a la potestad reglamentaria y de policía del Gobierno*"⁴².

Sin embargo, el concepto de ley *en sentido material* no es unívoco. El contenido que engloba y la finalidad que persigue son objeto de dos grandes concepciones.

a) La primera definición atiende a la identificación entre ley y derecho y sus máximos exponentes son LABAND y JELLINEK. LABAND no define expresamente el concepto de ley en sentido material aunque identifica ley y proposición jurídica o regla del derecho, con lo cual su concepto de ley debe ser determinado a partir del concepto de derecho. El Derecho es para LABAND la

⁴⁰ LABAND, P.; *Le droit public de l'Empire allemand*, Giard et Brière, Paris, 1901, T. I, pág. 246 y sg. También, STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 122 y ss.

⁴¹ Para STARCK la escisión del concepto de ley depende muy estrechamente de la situación constitucional política que sólo existió en Alemania. Cifr. *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 112. En Francia el doble concepto de ley estuvo representado por DUGUIT, quien distinguió entre el procedimiento legislativo y el contenido de la ley como imperativo general, pudiendo darse de forma aislada cada uno de ellos.

delimitación de las facultades y deberes que los distintos sujetos tienen unos para con los otros⁴³. Es decir, que su concepto de ley implica esencialmente la idea de *regla*, y precisamente, lo que distingue a la ley de cualquier otro acto de autoridad es su carácter regulador. Por ello, el fin del derecho es la determinación de las "barreras y límites de la libertad natural de actuación de los individuos"⁴⁴. JELLINEK define el concepto de ley material a partir del contenido que debe reunir toda regla o proposición jurídica -la inclusión de preceptos obligatorios con una vocación de perdurabilidad en el tiempo- y el contenido de ésta lo define a partir del fin del Derecho: la fijación de límites sociales. Así "si una ley tiene como fin próximo el delimitar la esfera de la libre actividad de las personalidades recíprocamente entre sí, si ha sido dictada por razón de la fijación de límites sociales, contiene la disposición de una proposición jurídica..., y si tiene cualquier otro fin, no es una ley material, sino una ley formal..."⁴⁵. El Derecho, en su concepto, sólo existe para regular las relaciones dentro de la sociedad civil -derecho privado- y las de éstas con el Estado -derecho público.

Sin embargo, la distinción entre Derecho y no-Derecho, nunca tuvo unos límites claros y de forma más o menos arbitraria se incluían unas materias en uno u otro ámbito⁴⁶. La identificación entre Derecho y ley formó un concepto de

⁴² La cita de JELLINEK es de *Gesetz und Veordnung*, 1887, pág. 254, y está tomada de JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 26.

⁴³ LABAND, P.; *Le droit public de l'Empire allemand*, op. cit. pág. 176.

⁴⁴ Vide STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 128. Esta fórmula limitativa fue utilizada junto a la cláusula de libertad y propiedad para definir el concepto material de ley.

⁴⁵ JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 17. Bajo esta concepción el Presupuesto es considerado una norma carente de contenido jurídico-material, porque no suprime pretensiones u obligaciones de terceros y sólo crea "relaciones jurídicas entre órganos del Estado, vid. STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 43, nota 2.

⁴⁶ STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 134.

ley en sentido material que fue utilizado para definir la reserva general de ley⁴⁷. Así, los tres conceptos -derecho, ley material y reserva de ley, vinieron a quedar identificados. Y, en consecuencia, el concepto formal de ley servía para identificar el mandato legal concebido como libre de todo contenido y reducido a la sanción. Por ello, como señala STARCK, "el concepto material de la ley -en tanto que circunscribe el ámbito de la reserva- sirve, en parte, de freno al absolutismo y proviene del legado intelectual del constitucionalismo liberal" pero "el concepto formal de la ley, reducido a la sanción, descansa todavía plenamente en ideas absolutistas"⁴⁸.

b) La segunda definición del concepto de ley material atiende a la cláusula "libertad y propiedad"⁴⁹. Según esta concepción, la característica esencial de toda ley es *incidir* en la libertad de los ciudadanos en general o en su propiedad en particular, los dos ámbitos que expresan los intereses considerados esenciales por la burguesía. La ley se define como la norma que

⁴⁷ LABAND Y JELLINEK identifican norma jurídica como norma interpersonal partiendo del concepto de Estado en LABAND como único sujeto de Derecho, de lo cual se deriva la imposibilidad de que dentro del ámbito del Estado puedan existir relaciones jurídicas. Así, el Estado y la organización estatal quedaban excluidos del ámbito de la ley material, y las reservas que la Constitución establecía en estas materias fueron consideradas leyes en sentido puramente formal.

⁴⁸ STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 135. La escisión del concepto de ley por LABAND expresa, para STARCK, la profunda contraposición entre la concepción absolutista de la ley como imperativo de la voluntad y mandato del soberano y la idea constitucional de la misma como norma, emanada de la unión entre el soberano y el pueblo, y basada tanto en la confrontación racional como en la deliberación. En la medida en que el concepto de ley expresa esta contraposición, constituye un fiel reflejo de la estructura dualista de los Estados alemanes del siglo pasado (*Ibidem*, pág. 136).

⁴⁹ Esta cláusula ya fue reconocida por John LOCKE y recogida en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. La fórmula *liberty and property* se convierte en la bandera de la nueva ideología liberal y será asumida por MONTESQUIEU en *De l'Esprit des lois*: "Comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous les lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous les lois civiles. Les premières lois leur acquièrent la liberté: les secondes, la propriété". La formulación del barón quedará plasmada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 2 que declarará como "derechos naturales e imprescriptibles del hombre (...) la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". Según STARCK esta fórmula procede de Von STEIN y con ella no se determina el concepto de ley, sino la amplitud de la coparticipación de los estamentos en la legislación. En *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 119, nota 14.

realiza una intervención en la libertad y propiedad de los ciudadanos⁵⁰, y, en este sentido, la fórmula *libertad y propiedad* traza una línea divisoria que separa las normas jurídicas de las normas no jurídicas⁵¹. Por medio de la reserva legal para actos de intervención, la llamada *reserva de intervención*, se determinaban los ámbitos de la legislación, y sólo los actos primarios de intervención en la libertad o propiedad deben producirse en forma de ley, pudiendo los reglamentos intervenir si media una ley o en virtud de una ley, es decir, en este ámbito sólo caben reglamentos *secundum legem*.

La cláusula, o los derechos que ella representaba, no se encontraban previstos expresamente en todas las Constituciones, por lo que fueron introducidos mediante la interpretación doctrinal de los preceptos que se referían al ejercicio del poder legislativo, de tal modo que se llegó a definir -mediante una interpretación extensiva de dichos preceptos- un ámbito de reserva de la legislación que comprendía la cláusula *libertad y propiedad*. Cuando tal cláusula estuvo consolidada las nuevas Constituciones no consideraron necesario repetirla, sino que se limitaron a dictar normas sobre el ejercicio del poder legislativo.

⁵⁰ Vid. en este sentido PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 51 y sg.

⁵¹ ANSCHÜTZ es uno de los defensores de esta concepción. Para este autor "El dominio de la legislación no debe ser dividido (...) en un sector perteneciente al soberano territorial y en otro limitado a la coparticipación de la asamblea, sino que todo el ámbito de la legislación en sentido material tiene que ser entregado al poder legislativo. La fórmula *libertad y propiedad* no debe limitar sino definir el concepto de ley en sentido material; no comprende sólo determinados preceptos jurídicos, sino todos" [La cita se toma de STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 127. Vid. también JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 17] En un sentido similar, FORSTHOFF define a la ley como "proposición jurídica general limitativa de la libertad y la propiedad".

Puede añadirse una tercera definición de la ley en sentido material, la que recurre a la regla jurídica abstracta y general; la abstracción haría referencia al supuesto de hecho a regular y la generalidad al colectivo de personas al que va dirigido. R. THOMA utiliza la cláusula de libertad y propiedad para definir el concepto material de ley, pero añade también los elementos de generalidad y abstracción. JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 18, n.p. 23.

Sin embargo, a pesar de la aceptación de esta cláusula como elemento que definía el ámbito de la legislación, el problema se centraba en determinar su contenido que, por obra de la doctrina, recibió una interpretación cada vez más amplia. Así, el concepto de *propiedad* que en un primer momento hacía referencia a los derechos reales acabó por englobar todos los derechos de contenido patrimonial, mientras que el concepto de *libertad*, inicialmente limitado a su específica manifestación de la libertad personal -es decir, garantía frente a detenciones arbitrarias- fue reinterpretado para conferirle el valor que consiguió con la Declaración francesa de 1789, el derecho a hacer todo aquello que no esté prohibido por una ley. En este sentido, son expresivas las palabras de JELLINEK: "Toda libertad es sencillamente libertad frente a toda coerción", o ANSCHÜTZ: "la libertad de la persona es sinónimo de libertad frente al Estado; consiste en la posibilidad jurídica de poder hacer todo lo que la ley no prohíba"⁵².

c) Ambas definiciones pretenden, en gran medida, captar el mismo ámbito. Desde el punto de vista material, la ley es el único medio para crear derechos o imponer obligaciones⁵³; para establecer una *proposición jurídica* que disponga un efecto obligatorio. La ley es la norma que ha de definir el *status* jurídico del ciudadano, estableciendo los límites de su libertad de acción. En este sentido material, se identifica la ley con la creación del derecho, con lo cual es el contenido de la norma lo que permite construir la noción de ley. Así, ley material es toda disposición con independencia de la forma que adopte cuyo contenido incorpore una regla legislativa.

⁵² Las citas están tomadas de STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 111. Estas interpretaciones recibieron el apoyo dogmático de la distinción entre ley formal y ley material que realizó LABAND, y que fue admitida ampliamente por la praxis estatal y judicial. PÉREZ ROYO considera que la reserva de ley originaria circunscrita a la defensa de la libertad y propiedad de los ciudadanos era expresión del principio de legalidad en el contexto de la monarquía limitada; *vid. La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 2.

Y de la misma manera que existe una concepción material de la ley existe también una concepción material del reglamento que permite definirlo como un enunciado, desprovisto de carácter jurídico, que trata de la organización administrativa en un sentido amplio.

Así, toda disposición que de cualquier manera incida en la esfera jurídica de los ciudadanos es una ley material que sólo puede estar contenida en una norma aprobada por el Parlamento o en un reglamento dictado en uso de una autorización parlamentaria⁵⁴.

La oposición entre ley material y reglamento material se resume en la dialéctica entre proposición jurídica y proposición administrativa, y la diferencia entre la ley y el reglamento reside en el objeto material de su regulación. Ello determina que estos dos tipos de actos sean rigurosamente independientes, ya que, por definición su intervención se sitúa sobre ámbitos distintos. La separación entre ley y reglamento es material y se sitúan, por tanto, en un plano horizontal. Es decir, en un sentido material, no hay una relación de jerarquía entre ley y reglamento, son dos espacios diferentes que se atribuyen a dos actos diferentes.

Se incorpora así el segundo ángulo de percepción de la ley: el formal. Según este punto de vista la *ley en sentido formal* hace referencia a todos los actos realizados por vía legislativa, esto es, por el órgano y de acuerdo con el

⁵³ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, T.2, pág. 260 y ss.

⁵⁴ Esta concepción de la reserva de ley para todo tipo de actuación pública -norma o acto singular- que incida de cualquier modo sobre el ejercicio de la libertad individual de acción encuentra una fuerte consolidación en Alemania hasta el punto de que ninguno de los dos textos constitucionales posteriores (Weimar y la LFB) han creído necesario recoger esta concepción de la reserva de forma explícita. Así, el art. 2.1 LFB consagra, según la doctrina, una reserva de ley sobre la libertad al reconocer el derecho de toda persona al libre desarrollo de la personalidad, mientras que la reserva de ley sobre la propiedad se expresa en el art. 14.1 al disponer que "su contenido y límites son determinados por la ley". Vide, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 772.

procedimiento requerido por la Constitución para la legislación material, con independencia de su contenido. Y estas condiciones son las que aseguran a su contenido la *fuera* propia del acto legislativo. LABAND considera que pueden existir leyes formales -es decir, actos del Parlamento que revistan la *forma* de ley- que no tengan un contenido normativo jurídicamente relevante, porque el legislador tiene la posibilidad de dictar leyes que no tengan contenido normativo⁵⁵.

Los conceptos formal y material de la ley son absolutamente independientes entre sí y pueden combinarse libremente entre ellos. Así, puede existir una ley material contenida en un reglamento, del mismo modo que es posible la existencia de una ley que únicamente lo sea en sentido formal, es decir, un acto votado por el Parlamento que sólo contenga normas de un efecto interno. Es decir, para LABAND⁵⁶ entre ley formal y ley material no hay una relación de género y especie, sino que son dos conceptos completamente diferentes. La ley material se determina por su contenido; la ley formal por su forma.

A pesar de ello, debe existir alguna coherencia entre las dos concepciones de la ley. Toda creación de derecho, característica de la noción material de ley es una actividad discrecional que conlleva importantes transformaciones de los derechos y obligaciones de los ciudadanos. En consecuencia, la ley material ha de ser elaborada por un órgano independiente del ejecutivo y representativo de los individuos cuya situación jurídica será modificada, por el Parlamento.

⁵⁵ En este sentido, la ley formal supone un medio para ampliar la competencia del Parlamento más allá del ámbito materialmente definido. KELSEN hablaría de *forma legal* y no de leyes formales, puesto que no hay forma sin contenido. No puede dudarse que la concepción dualista de la ley de LABAND y JELLINEK tiene unas bases ideológico-políticas: un concepto del Derecho, de la norma jurídica y también de la reserva de ley dominado por intereses de la burguesía liberal. Fueron razones políticas las que llevaron a declarar "no derecho", "no norma jurídica" todas las relaciones existentes entre órganos estatales. Como ha señalado HELLER la doctrina todavía debe probar la existencia de leyes formales sin "contenido normativo", vid. STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 157.

⁵⁶ LABAND, P.; *Le droit public de l'Émpire allemand*, op. cit. pág. 390.

Esta exigencia tiende a hacer coincidir la ley material y la ley formal en la medida en que el legislador tiene reservada la creación del derecho objetivo, aunque no es un requisito imprescindible. Para que una decisión estatal tenga la fuerza material de ley no es necesario que se haya elaborado en forma legislativa -que sería lo deseable- pero sí que es preciso que sea, por su misma naturaleza, una ley material⁵⁷. Concretamente, LABAND, aplicando su razonamiento al marco prusiano que le sirve de modelo, considera que el art. 62 de la Constitución de 1850 -que prevé que el acuerdo del Rey y de las dos Cámaras es indispensable para la elaboración de toda ley- utiliza el concepto de ley material⁵⁸. El consentimiento del Parlamento deviene necesario para la creación de toda proposición jurídica que revestirá así el carácter de ley formal o legislación en sentido formal. Esta interpretación satisfacía la pretensión del constitucionalismo liberal que deseaba una fuerte influencia de la representación popular en la actividad estatal y, especialmente, en lo que afectase a la esfera de los ciudadanos⁵⁹.

Ello tiene como efecto crear una reserva material a la ley, una reserva de legislación, que cubre la elaboración de reglas o proposiciones jurídicas y presupone, a la vez, la identificación de las dos concepciones de la ley. Al mismo tiempo, del art. 62 se derivaría la imposibilidad, debido a la reserva de ley que instituye, de que una ley material esté contenida en un reglamento formal ya que el Parlamento tiene reservada la realización de toda ley material.

Sin embargo, esta construcción debe ser matizada, puesto que el legislador puede, perfectamente, habilitar al reglamento para crear derecho, es decir,

⁵⁷ Así, LABAND distingue entre *regla legislativa*, que es la que posee la fuerza material de la ley y *acto legislativo*, que sólo es una forma de decisión y de actividad estatal, *vid.* LABAND, P.; *Le droit public de l'Empire allemand, op. cit.*, pág. 344.

⁵⁸ Es cuestionable hasta qué punto en la Constitución prusiana de 1850 podían encontrarse las bases para la elaboración de un concepto material de ley; en todo caso, como mucho, para un concepto de *reserva de legislación*.

⁵⁹ En este sentido se pronuncia STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 122.

para establecer una proposición jurídica que disponga un efecto obligatorio. El legislador decide, de forma discrecional con qué alcance y en qué condiciones delega su competencia para dictar normas jurídicas vinculantes⁶⁰. Los reglamentos formales espontáneos -dictados sin habilitación legal- sólo son competentes para regular las materias residuales no comprendidas en la reserva de ley, es decir, para definir las reglas administrativas. Y aún más, para LABAND, salvo en el caso de una habilitación legislativa, la Constitución determina una identidad entre las concepciones formales y materiales del reglamento.

Así, podemos concluir que la concepción material de la ley⁶¹ que construye LABAND crea una esfera reservada al Parlamento, en tanto que actúa como criterio de la competencia de creación normativa de este órgano.

JESCH considera que la teoría dualista de la ley fue desarrollada “para dominar con una fórmula racional la problemática competencial de la Monarquía constitucional”⁶² que se caracteriza por intentar mantener un equilibrio entre dos fuerzas políticas, el ejecutivo monárquico y la representación popular⁶³. De los textos constitucionales de la época no se desprende la necesidad de esta

⁶⁰ De este modo, la reserva de ley era entendida como un apoderamiento *ex lege* para los actos de intervención en la libertad y la propiedad.

⁶¹ Para GALLEGU, el concepto material de ley daba lugar a una teoría material de las funciones del Estado que permitía calificar los actos jurídicos del Estado con independencia del órgano del que emanaran. La función legislativa daba lugar a leyes -en sentido material-, con lo cual quedaban incluidas las leyes formales con contenido normativo, pero también la potestad reglamentaria era considerada una función legislativa, la función administrativa a actos administrativos y la función judicial a las sentencias. Con esta trilogía de funciones materiales se pueden clasificar los actos jurídicos del Estado. Así, materias como los presupuestos, eran actos administrativos aunque fueran dictados por el Parlamento con la forma de ley, porque no eran reglas jurídicas, no creaban derecho objetivo. *Vid, Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, IEA, Madrid, 1971, pág. 143-144.

⁶² JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 25.

⁶³ Por el contrario, en los países en los que el pueblo había adquirido mediante una revolución todo el poder político, y las Constituciones distribuyeron *ex novo* las funciones de los órganos del Estado, la delimitación material de las mismas no representó un compromiso político entre dos fuerzas pugnando cada una por su propia legitimación.

concepción dualista, aunque, ciertamente, si que podría exigir la averiguación del ámbito material reservado a la legislación, es decir, del ámbito reservado a la ley formal, pero ello no implica una doctrina dualista ni un “desgarramiento” del concepto unitario de la ley⁶⁴. Para STARCK la interpretación liberal extensiva que se hizo del ámbito reservado a la ley no fue suficiente para consolidar la participación de la representación del pueblo en la legislación, “más bien lo que se hizo fue elevar al plano de la *teoría del Derecho*, con ayuda del llamado concepto de ley en sentido material, el problema *jurídico-constitucional* de la reserva, que al mismo tiempo seguía siendo un problema *político-constitucional*”⁶⁵. Así, se establecía una *liason* entre el concepto de ley en sentido material y la extensión de la participación popular, aunque el problema quedó al margen de la Constitución y metido de lleno en el concepto de ley.

2.2.2. El concepto de reserva de ley de Otto Mayer: institución de garantía y protección de derechos

MAYER elaboró los conceptos de primacía de la ley y reserva de ley como dos aspectos del principio de legalidad. Para este autor, “la voluntad del Estado manifestada en forma de ley (...) tiene preferencia jurídicamente sobre toda otra manifestación de la voluntad estatal; la ley sólo puede ser derogada o modificada por otra ley, pero por su parte anula o deja absolutamente sin efecto todo lo que la contradice. A esto es a lo que llamamos *primacía de la*

⁶⁴ MAYER intenta recuperar un concepto unitario de ley, afirmando que la ley no es sólo una *forma* de producción normativa sino que también incorpora la *fuera* propia de dicha forma. Y ello, porque la determinación de la intervención del Parlamento, y por ende de la forma de ley, sólo se podía obtener de la propia Constitución, allá donde ésta establecía “por ley” o “mediante ley”; de tal manera que donde no se encontrara esta exigencia el poder normativo reglamentario del Rey era indiscutible. Por ello, se ha dicho que el dualismo y las materias reservadas fueron una completa “construcción jurídica y conceptual” sin base en el Derecho positivo, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A.; *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, IEA, Madrid, 1971, pág. 148.

⁶⁵ STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 123.

ley"⁶⁶. Y esta primacía cede allí donde la competencia legislativa tiene límites, que son los ámbitos constituidos por las reservas de jurisdicción y del poder ejecutivo.

El principio de reserva ley se formula contra la idea de que la ley es sólo un límite negativo y un marco para una administración desligada, en todo lo demás, de la ley. La idea según la cual la autonomía privada no conoce más límites que los impuestos por las leyes se transfirió al ámbito de la Administración del Estado y se concebía a la ley como un límite a la *autonomía o independencia de la administración*⁶⁷. Frente a ello, la idea de reserva pretende someter la actuación de la Administración a la ley, con lo cual dejaba de ser simplemente un marco para convertirse en el fundamento de su actuación⁶⁸; el establecimiento de una reserva legal supone la exclusión de determinadas materias del ámbito de actuación independiente de la Administración.

Si, como hemos dicho, la concepción material de la ley crea un ámbito o esfera reservado a la legislación, la construcción de Otto MAYER se apoya en un punto de partida diferente para definir la amplitud de la *reserva de ley*, -ahora ya sí como concepto. Considera que el imperio de la ley está fundado en su *fuerza creadora de proposiciones o preceptos jurídicos*⁶⁹. Y como criterio esencial para caracterizar a las proposiciones jurídicas establece su carácter general y

⁶⁶ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 68. LABAND describió estos mismos efectos bajo el concepto de la "fuerza formal de la ley"; *vid.* JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 38.

⁶⁷ Esta era la idea defendida por LABAND, quien considera que la administración "dirige los negocios públicos dentro del marco de la ley con la misma libertad y las mismas ataduras que el particular sus negocios privados, dentro de los límites del ordenamiento jurídico privatista". Se cita por STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 384.

⁶⁸ STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 385.

abstracto. MAYER considera que los criterios para determinar una reserva legal son la existencia de una proposición jurídica que intervenga con mandato y coacción en la libertad de los súbditos. Así, la capacidad ínsita que tiene la ley para realizar legítimamente intervenciones en la libertad y propiedad de los ciudadanos pertenece a la reserva de la ley constitucional, que no se identifica necesariamente con las proposiciones jurídicas. Así, una ley puede contener proposiciones jurídicas aunque no represente una intervención en la libertad y propiedad⁷⁰. Sólo cuando existen actos de intervención en ese ámbito existe reserva legal. Fuera del mismo existen proposiciones jurídicas pero no actos de intervención, que pueden incluso favorecer o mejorar la posición jurídica de los individuos. Por eso se ha dicho que la función protectora de la reserva de ley -mecanismo de protección de la libertad y propiedad contra aquellas intervenciones del ejecutivo que no han sido autorizadas por una ley- eliminó toda la problemática de la concesión estatal de prestaciones o favorecimientos sin habilitación legal alguna⁷¹. MAYER considera que la fuerza creadora de proposiciones jurídicas, que únicamente compete a la ley y que deriva de su origen, es delegable, y puede ser transferida al poder reglamentario.

MAYER se limita al análisis de la ley desde un punto de vista formal, con lo cual el concepto de ley queda liberado de la carga política que habían incorporado LABAND, JELLINEK y ANSCHÜTZ. Y lo que estos autores habían querido expresar con el concepto material de ley lo incorpora MAYER bajo el concepto de reserva de ley⁷². Y es que para MAYER "no existen dos conceptos de ley. La ley es la ley constitucional, el acto resultante del concurso del príncipe y de la

⁶⁹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 70.

⁷⁰ Para MAYER "se llama ley a toda regla de derecho porque de ordinario las reglas de derecho están contenidas en las leyes", en *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 94.

⁷¹ Vid. JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 215.

⁷² Vid. STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 139-140.

representación nacional según la vía prescrita por la Constitución, o sea, la ley en el sentido formal⁷³.

Este autor retoma, según GARCÍA MACHO, la clasificación operada en su tiempo por VON STEIN⁷⁴ y enuncia que sólo la ley puede establecer normas que afecten a la libertad o a la propiedad. Se inspira en las ideas de LOCKE cuando postula que el objetivo de la reunión de los individuos en sociedad reside en la necesidad de proteger la libertad y la propiedad, y en consecuencia, toda norma -ley- que afecte a estas materias necesita el consentimiento de los actores del contrato social⁷⁵.

Mientras que algunos textos constitucionales de diferentes Estados alemanes consagraban la reserva de ley para toda regulación que afectara a la libertad y la propiedad como cláusula que definía la competencia legislativa, en otros se recogía en la llamada parte dogmática de la Constitución consagrados como derechos⁷⁶. Sin embargo, la Constitución imperial de 1871 no consagraba una cláusula general de este tipo, es decir, la obligación de que sea la ley la norma que establezca toda la regulación que afecte o incida en la libertad o a la propiedad. A pesar de ello, según MAYER, nadie duda que la *puissance* del imperio no puede obligar, ni imponer cargas, ni perjudicar a la libertad y propiedad de los súbditos mas que en virtud de una ley⁷⁷. Así, a partir de las competencias que la Constitución reconoce al *Bundesrat* junto con el *Reichstag* intenta establecer una correlación con aquellas que aseguran los

⁷³ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 88 y sg.

⁷⁴ GARCÍA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, op. cit., pág. 41.

⁷⁵ JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 150 y sg; STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 178.

⁷⁶ Así, art. 65 Constitución del Reino de Baden de 1818 o el art. 85 de la Constitución sajona de 1859; otras referencias en JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 158, notas 100, 101 y 102.

intereses fundamentales de la burguesía, la libertad y la propiedad. La consagración de la competencia del Parlamento en estas materias será en lo sucesivo tan estable como para que no sea necesario preverlo en el texto constitucional expresamente.

La formulación de la reserva por MAYER tiene como objetivo promover la protección constitucional de los derechos y libertades constitucionalizados⁷⁸, especialmente los de libertad y propiedad. De esta manera, y por la vía de la libertad y propiedad esta teoría establece un vínculo entre la reserva de ley y los derechos fundamentales. Los derechos de los ciudadanos -libertad y propiedad- crean una esfera jurídica individual de libertad, principalmente frente al Estado; la reserva de ley coloca dicha esfera bajo el control de los representantes de la sociedad. Se garantiza que toda intervención relativa a la libertad o a la propiedad deba ser realizada por un acto legislativo, es decir, un acto elaborado con el consentimiento de los representantes de los titulares de estos derechos fundamentales. Es en este sentido que se ha dicho que la consagración de una reserva de ley permite suplir la ausencia de declaraciones de derechos en la Constitución⁷⁹ y conduce a prohibir las intervenciones del Monarca no autorizadas en la esfera individual de la propiedad y de la libertad, generando una garantía protectora sobre estos ámbitos.

La equivalencia entre reserva y derechos fundamentales es puesta de manifiesto por el propio Otto MAYER. Este autor señala que el establecimiento de derechos fundamentales en la Carta Constitucional indica la consagración

⁷⁷ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 94.

⁷⁸ Así lo señala BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 163.

⁷⁹ BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 43.

de una reserva de ley⁸⁰. MAYER ve en los derechos fundamentales "la forma clásica" de expresión de la reserva de ley. Los catálogos de derechos fundamentales que prevén las Constituciones se completan, a su juicio, con "representaciones concretas de lo que, según el Derecho constitucional general, deba pertenecer al ámbito jurídico así delimitado"⁸¹. Con la formulación del principio de reserva de ley Otto MAYER intentó promover la protección constitucional de los derechos y libertades constitucionales, y especialmente, la libertad y la propiedad.

Con independencia de las posiciones teóricas, centradas esencialmente sobre el concepto de ley, cabe concluir de todo lo anterior que los diferentes autores coinciden en reconocer que la reserva de ley permite atribuir al legislador la definición de las reglas que inciden en la situación jurídica de los ciudadanos, a fin de que éstos dispongan de un poder de control -indirecto si se quiere- sobre la elaboración de normas que les afecten. Así, la institución de la reserva de ley aparece como una garantía del carácter *democrático* de las limitaciones efectuadas en la esfera individual; reserva legal de toda intervención en la esfera individual de los ciudadanos. Satisface, en definitiva, las aspiraciones de la burguesía de que algunos objetivos importantes sean sustraídos de la regulación inicial del ejecutivo. A la sociedad burguesa le interesaba asegurar una esfera propia frente al Estado así como su control, lo cual era posible a través de su participación en la legislación.

Sin embargo, esta teoría comportaba también un límite para el propio Parlamento que veía así restringida su actuación para actos de intervención en el ámbito de los derechos fundamentales. Y es que difícilmente, en el marco de una estructura constitucional dualista en la que sobrevive el principio

⁸⁰ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 93. Aquí, creemos puede verse, la génesis del vínculo, nunca después desmentido, entre derechos fundamentales y reserva de ley.

monárquico, hubiese tenido cabida una *reserva general* pues hubiera representado algo parecido al reconocimiento o proclamación de la soberanía popular.

Además, la reserva de ley no suprime toda posibilidad de intervención normativa gubernamental, sino que aparece más bien como un "pacto" entre ejecutivo –monarquía- y legislativo. En la esfera individual que preserva la reserva sólo es posible intervenir mediante un acto del Estado con forma de ley, o en base a un acto de ese tipo.

En este momento, el concepto de ley era definido y concebido a partir del concepto de reserva. La reserva limitaba la extensión del concepto de ley y lo convertía en un concepto puramente formalista, haciendo del mismo el único modo de garantizar -de un modo formal y vacío- la libertad ciudadana⁸². La reserva servía así para asegurar que el ciudadano sólo sería gravado con aquellas obligaciones que estuviesen legalmente previstas, en lo demás, su esfera de actuación era libre, se desarrollaba en la esfera "libre del Derecho". A partir de aquí, la actuación del juez y de los funcionarios se convertía en una mera repetición de la ley, sin capacidad creadora, pues de otro modo, podía peligrar el instituto de la reserva de ley⁸³.

2.3. LA VIRTUALIDAD DE LA RESERVA DE LEY EN ESTA ÉPOCA

⁸¹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 70 y sg.

⁸² STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 363.

⁸³ STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 363.

La cláusula libertad y propiedad y con ella, la institución de la reserva de ley, cumplen, en este momento histórico, una triple función en el plano jurídico-político. ✓

a) Actúa como principio ideológico inspirador de todo régimen político⁸⁴. La cláusula *libertad y propiedad* responde a una idea, convertida en dogma durante el siglo XIX, que consiste en la separación entre Estado y sociedad. En la monarquía constitucional alemana el ámbito del Derecho se limitaba a las relaciones entre ciudadanos o entre Estado y ciudadanos. Y así, las relaciones que se daban en el ámbito interno del Estado no pertenecían al ámbito del Derecho⁸⁵, o mejor dicho, pertenecían al ámbito del no Derecho -en el que se incluían las relaciones de especial sujeción y una parte de las normas de organización. Todo derecho que afectase al ámbito de la sociedad civil debía ser aprobado con su participación⁸⁶. ✓

b) La reserva de ley actúa también como cláusula que enuncia derechos subjetivos constitucionalmente reconocidos y garantizados, es decir, tiende a determinar la esfera de los derechos fundamentales⁸⁷. Así, con el concepto material de ley se pretendía, sobre todo, la protección de la libertad ciudadana en el sentido del *status negativus*⁸⁸. Para que el poder público pueda intervenir ✓

⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 771.

⁸⁵ LABAND lo expresa en los siguientes términos: "las reglas de comportamiento que el individuo se da a sí mismo, nunca pueden ser preceptos jurídicos... Esto es igualmente cierto por lo que respecta al Estado". La cita es de JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 21.

⁸⁶ STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 126.

⁸⁷ BAÑO LEÓN considera que la técnica de la reserva de ley permit suplir la ausencia de una declaración de derechos; en *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 43.

⁸⁸ La siguiente cita de JELLINEK creemos que es expresiva de lo anteriormente dicho: "El dominio del Estado es un dominio delimitado objetivamente, ejercido en interés de la comunidad. Es un dominio sobre seres no enteramente sujetos, es decir, libres. Por eso, al miembro del Estado le corresponde un *status*, en el cual es señor, una esfera libre, negadora

en la esfera que afecte a la libertad o a la propiedad de los ciudadanos necesita el instrumento de una ley. La reserva a la ley tiene así una función de garantía de los ámbitos que más interesan a los ciudadanos burgueses, pues requiere el consentimiento de la representación parlamentaria para regular dichos ámbitos. Y ello, como consecuencia de la falta de legitimidad democrática del Poder ejecutivo, representado por el Monarca.

c) Pero la reserva de ley tiene también una repercusión político-organizativa: cumple una función de delimitación de la competencia respectiva de los poderes legislativo y ejecutivo -en su origen de la representación popular y el monarca⁸⁹. Los Parlamentos no tienen una competencia universal sino limitada a las materias que las Constituciones les reserva. Así, todo el ámbito del poder estatal que no estaba reservado a la ley correspondía al Monarca, quedaba fuera del ámbito de la normación jurídica, porque se le consideró un poder originario y no necesitado de configuración jurídica⁹⁰.

del Estado y su *imperium*. Es la esfera de la libertad individual, del *status negativus*, del *status libertatis*, en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción por la libre actividad del individuo", en *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905; citado por STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 132. Y curiosamente quedaban fuera materias tales como la educación el destino de los presos, la ordenación interna del servicio militar y los actos de dirección del estado.

⁸⁹ Vide STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 130.

⁹⁰ Los autores alemanes de la época ven en la distinción entre ley formal y ley material una medida adecuada para determinar las facultades de los distintos órganos estatales, y algunos tratan de resolver el problema de la reserva de ley con ayuda de la teoría de las funciones materiales del Estado; vid. STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 137.

Esta dimensión político-organizativa de la reserva es absolutamente dependiente de las circunstancias históricas que rigieron durante todo el siglo XIX y XX en los países germánicos. Así, después de la primera guerra mundial Alemana se dota de una Constitución democrática, de una forma de Gobierno parlamentaria, por lo que aquella función delimitadora de competencias entre el Monarca y las Asambleas parlamentarias deja de tener virtualidad, porque, por un lado, el Parlamento -y, por tanto, su producto normativo- puede intervenir sobre cualquier materia, y por otro, el Ejecutivo necesita de la confianza del Parlamento. [En la Ley Fundamental de Bonn se realiza un esquema de distribución de la capacidad normativa entre Parlamento y Gobierno en el que, junto a las reservas específicas escalonadas en la Constitución, a la ley todo le está reservado, en tanto que el reglamento es una norma subordinada y secundaria sólo admitida en base a una ley y con determinadas limitaciones. Vide, PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, AAVV,

2.3.1. La función de delimitación de la reserva de ley

La reserva de ley tiene como función definir la competencia legislativa a la vez que tiende a aislar a la Asamblea en el marco de las materias reservadas. Así, la reserva puede ser analizada como una atribución de competencia a favor del Parlamento pero también como un límite a esa competencia, ya que el ejecutivo dispone, fuera de las materias reservadas, de prerrogativas propias, de un poder autónomo de normación. Para MAYER, la reserva no impide ni la traslación de la fuerza de la ley a un reglamento para que éste pueda modificar o derogar viejas leyes, ni autorizar al reglamento a tener un nuevo ámbito de eficacia en dentro de una materia reservada a la ley⁹¹. Fuera de éstas, el poder ejecutivo es libre porque actúa en virtud de su propia fuerza y no en virtud de la ley⁹². Ello comporta que el ejecutivo pueda establecer libremente normas en los sectores no reservados a la ley. Estos sectores constituyen el campo reservado al Monarca sobre el cual conserva el antiguo poder de normación sólo limitado por las materias legislativas.

Y es que la definición de unas materias que son competencia del Parlamento tiene, como contrapartida, el reconocimiento a favor del ejecutivo de un ámbito sustraído al conocimiento de las cámaras. Un ámbito que es residual, pero no por ello constituye menos poder originario, pues no deriva de la ley.

La reserva de ley consigue así una doble delimitación: el ejecutivo no puede intervenir en las materias reservadas a no ser que medie, como después

Barcelona, 1985, pág. 116 y ss.] Por ello, en el contexto de la monarquía constitucional de estructura dualista la reserva de ley no es sino la respuesta jurídica a un problema político concreto: La rivalidad entre el Ejecutivo monárquico y el órgano de representación civil, el Parlamento, *vid.* VILLACORTA MANCEBO, L.; *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 48-49.

⁹¹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 69-73.

⁹² MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 92.

veremos, una autorización de la ley. Y, a la inversa, el legislador no puede evadirse de las materias que tiene asignadas. En realidad la reserva de ley realiza un reparto de las tareas normativas entre los órganos del Estado dividiendo las materias a regular. Esta concepción de la reserva de ley parece encontrar un punto de unión con el principio de separación de poderes⁹³. Pero, como ha señalado FOIS⁹⁴, no se trata de la separación de poderes tal como fue concebida por los revolucionarios franceses -oposición entre normas generales y abstractas de un lado y la aplicación de estas normas a casos concretos, de otro- sino de la separación de poderes tal y como existía efectivamente bajo los auspicios de la monarquía constitucional alemana⁹⁵.

El poder reglamentario del que goza el ejecutivo es la consecuencia inmediata de la legitimidad directa de la monarquía, independiente de la legitimidad parlamentaria. En estas condiciones, la reserva de ley se reduce a ser un límite exterior a la extensión del reglamento autónomo en las únicas materias concretamente identificadas que, en virtud de su importancia para los ciudadanos, han de corresponder al legislador. Fuera de las materias reservadas, la ley no fundamenta el poder reglamentario del ejecutivo, sino que se presenta como un poder espontáneo y autónomo.

La oposición entre una legitimidad democrática y una legitimidad monárquica implica que las relaciones entre ley y reglamento sean relaciones de competencia y no de jerarquía: cada norma actúa en un ámbito diferente. Esta

⁹³ Vid. PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, *passim*.

⁹⁴ FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 84.

⁹⁵ Para GARCÍA MACHO el presupuesto previo a la existencia de una reserva de ley es la división de poderes, *vid.*, "Problemática de la división de poderes en la actualidad", *Revista de derecho político*, núm. 53, 1986, pág. 183. Sin embargo, autores como BALAGUER consideran que la reserva de ley es un principio históricamente anterior a la división de poderes tal y como hoy es conocido, BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 163. Puede decirse que desde los inicios de la institución, se ha establecido una relación constante entre reserva de ley y división de poderes

supervivencia del principio monárquico frente al principio democrático justifica que la ley no sea considerada como el requisito previo e indispensable a la intervención reglamentaria. Es decir, tanto la ley como el reglamento son, cada uno dentro de su ámbito, normas primarias.

La institución de la reserva de ley tiene un carácter ambivalente que se manifiesta en su actuación como criterio de distribución normativa entre el ejecutivo monárquico y la representación popular. Por un lado, la institución representa una progresión de las atribuciones del Parlamento, un avance en la dimensión democrática de la decisión política. Por otro, la reserva de ley deja intactas las prerrogativas de regulación normativa autónoma del ejecutivo, por lo que se presenta como un instrumento destinado a proteger su ámbito normativo. Por ello creemos que puede hablarse de un carácter ambivalente, presenta una connotación evolutiva y progresista, en la medida en que tiende a afirmar y proteger una verdadera *potestad* legislativa, y a la vez actúa con connotaciones conservadoras, ya que fundamenta el mantenimiento de un poder propio a favor de la monarquía.

El ámbito que abarca la reserva es necesariamente residual: todo el espacio no cubierto por esta institución puede ser normado por el ejecutivo. Mientras el Parlamento posee una potestad normativa *de atribución*, el Monarca posee una potestad normativa originaria. Ello es debido a que la legitimidad monárquica es anterior a la legitimidad democrática y las reivindicaciones representativas se plantean contra las estructuras monárquicas cimentadas. Se llega así a una presunción de competencia a favor del ejecutivo. La posición preeminente del monarca en el seno del ordenamiento explica la prevalencia de su potestad normativa y la consecuente limitación de la potestad legislativa a las materias expresamente determinadas.

en la que la concurrencia de pretensiones reguladoras aparece como el medio de limitación recíproca de poderes.

2.4. MATERIAS NO SUJETAS A RESERVA DE LEY O EXCLUIDAS DE LA RESERVA

Entre las materias no sujetas a reserva de ley figura, ciertamente, el conjunto de normas relativas a la organización administrativa. En efecto, la teoría de la personalidad jurídica del Estado distingue entre una esfera interna, en la cual no tienen cabida las relaciones jurídicas, -esfera que constituía el ámbito del no Derecho-, y una esfera externa⁹⁶. Los que mantienen la distinción entre las dos concepciones de la ley enuncian, a partir de aquí, que las normas relativas a la Administración no tienen carácter jurídico: no tienen ningún efecto sobre la situación de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, y como tales pueden ser dictadas espontáneamente sin necesidad de una habilitación legislativa. La Administración no establece en este caso el derecho aplicable a todo los ciudadanos, sino que define unas normas únicamente aplicables en el seno de la propia Administración en virtud de un poder de autoorganización. Así, el poder reglamentario autónomo es sobretodo, y antes que nada, un poder reglamentario *ad intra* que contiene los preceptos no jurídicos de alcance limitado a la esfera interna de la Administración y desprovistos de efectos sobre terceros.

Otto MAYER confirma la atribución de este espacio a la libre regulación de la Administración. El jurista alsaciano diferencia entre las relaciones generales de sujeción y las relaciones especiales de sujeción en las que la situación del individuo no es la misma. De este modo, la reserva de ley concierne a las relaciones generales de sujeción -entre los individuos y el Estado- en las que se cuestiona directa o indirectamente la esfera individual de los ciudadanos

⁹⁶ BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 46, nota 36. Para STARCK la definición del concepto material de ley es consecuencia de la separación entre el Estado y la sociedad, y sólo puede desarrollarse bajo la idea de la personalidad única del Estado, en *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 128.

concretada en la cláusula de libertad y propiedad (*Freiheit und Eigentum*)⁹⁷. Y a la inversa, cuando el ciudadano se integra voluntaria o involuntariamente dentro de la organización administrativa, pierde la garantía de la reserva de ley⁹⁸ y la regulación de estas relaciones puede hacerse por reglamentos espontáneos (es el caso de los funcionarios o de la organización de los servicios públicos⁹⁹, pues las normas adoptadas en estas materias no están destinadas a formular reglas de derecho, y por ello no requieren de laprevia autorización de una ley¹⁰⁰. Lo mismo ocurre para toda relación de sujeción creada por un sujeto o por una cierta pluralidad de sujetos, que tienen una relación particular con la Administración, especialmente si están bajo su poder disciplinario -detenidos, militares, alumnos de centros de enseñanza¹⁰¹. Las relaciones entre el Estado y una categoría de ciudadanos son unas relaciones diferentes de las existentes con el conjunto de los ciudadanos, por ello, la reserva de ley no es aplicable a las primeras.

Sin embargo, como ha señalado FOIS, la relación de especial sujeción no está definida de forma rígida, se trata de un concepto suficientemente elástico que permite justificar las intervenciones de reglamentos de policía limitativos de la libertad y la propiedad¹⁰². Por otra parte, el poder de policía aparece ya como un poder propio del Monarca no susceptible de ser limitado por la reserva de ley¹⁰³.

⁹⁷ Así, la reserva protege también aquellas medidas organizativas que son instrumentales de la garantía del ámbito definido por la libertad y propiedad, como el proceso judicial, *vid.* MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.* pág. 160.

⁹⁸ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.* pág. 160 y 162.

⁹⁹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.* pág. 160 y 162.

¹⁰⁰ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.* pág. 160-161.

¹⁰¹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.* pág. 137.

¹⁰² FOIS, S.; *La riserva di legge*, Giuffrè, Milan, 1963, pág. 60, nota, 109.

¹⁰³ FOIS, S.; *La riserva...*, *op. cit.*, pág. 53.

A la esfera interna de la Administración se añaden, en el marco de las potestades del ejecutivo, todas las intervenciones positivas que lejos de comportar una obligación o una restricción para los ciudadanos, suponen una prestación de servicios en la que la situación jurídica del ciudadano se ve mejorada. Así, la protección o garantía de la reserva de ley no se justifica mas que en el caso de una afectación negativa al *status* de los ciudadanos, es decir, en el caso de limitar su libertad o propiedad¹⁰⁴. Aquí, la ausencia de un impacto negativo sobre los derechos y libertades de los individuos justifica la intervención reglamentaria. Esta separación entre los dos tipos de intervención preside la controversia sobre el órgano competente en materia de concesión de subvenciones públicas.

De todo lo anterior, y a modo conclusivo, se constata que el ejecutivo posee aún un amplio ámbito normativo definido en base a las facultades internas de autoadministración. Ello demuestra que el criterio de definición de la reserva de ley, es decir, la cláusula de libertad y propiedad, no ha expresado todavía, en esta época, todas sus potencialidades. La interpretación restrictiva que se deduce de esta reserva es la manifestación evidente de la presunción de competencia normativa a favor del ejecutivo.

En esta misma perspectiva de la distribución recíproca de potestades normativas, cabe plantearse la posibilidad de que la ley pueda modificar la línea divisoria establecida para la reserva de ley.

2.5. EL ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY

En este apartado nos proponemos analizar dos cuestiones. Por un lado, si la ley puede habilitar al reglamento para regular materias que son objeto de una

¹⁰⁴ JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 148.

reserva de ley según los criterios anteriormente expuestos. En segundo lugar, si los órganos legislativos pueden evadirse de su ámbito normativo determinado por la reserva de ley llegando a *invadir* el ámbito normativo reservado al ejecutivo como consecuencia de la supervivencia del principio monárquico.

2.5.1. La distinción entre reserva de ley y primacía de la ley

Mientras que la reserva de ley atribuye al legislador un ámbito material concreto sobre el cual puede proyectar su acción normativa, la expresión *primacía de la ley* cualifica el valor de la ley en la jerarquía de las normas. Es decir, no se hace referencia al espacio sobre el cual interviene la ley sino a la fuerza formal de la misma.

Para Otto MAYER, la ley se sitúa por encima de cualquier otra actividad del Estado por tratarse de una voluntad superior y jurídicamente más fuerte. Por ello se dice que la ley es inviolable¹⁰⁵, no puede ser contradecida, y es, por ello, suprema¹⁰⁶. La ley -o el acto legislativo- se caracteriza por tener un efecto pasivo: la voluntad del Estado, desde el momento en que tiene este origen, no puede ser anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra vía¹⁰⁷. Y también por tener un efecto activo: la ley tiene capacidad para anular todos los actos ya emitidos en nombre del Estado que le sean contrarios¹⁰⁸. Así, el legislador puede dictar normas que deroguen todas las anteriores contrarias, las cuales, a su vez, sólo podrán ser modificadas por otros actos que también

¹⁰⁵ BAÑO LEÓN habla del carácter irresistible de la ley en *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 46.

¹⁰⁶ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 89.

¹⁰⁷ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.*, pág. 89.

¹⁰⁸ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, *op. cit.*, pág. 89.

emanen del Parlamento. Estas dos propiedades se resumen en el término *primacía de la ley*.

Mientras la reserva de ley aborda la cuestión de la ley desde el ángulo de su ámbito material o competencia, la primacía de la ley permite situar a esta norma con relación a su valor jerárquico frente a las normas no legislativas. Las dos perspectivas de estudio son diferentes; la primera se sitúa en el plano de la competencia material mientras que la segunda desarrolla su análisis sobre un plano jerárquico. La existencia de estos dos principios prefigura la necesidad de combinar los dos aspectos que, aún siendo diferentes, se cruzan alrededor del concepto de ley para obtener una descripción de la misma en el Estado moderno.

Sin embargo, la coexistencia de la institución de la reserva de ley y del principio de primacía de la ley puede conducir a dificultades en su aplicación simultánea. En el espacio conformado por las materias reservadas no existe ningún obstáculo al juego de la primacía de la ley: se prohíbe toda iniciativa del ejecutivo y la única posibilidad de intervención reside en la presencia de una habilitación legislativa que condicione el poder reglamentario. Pero pueden darse casos en los que la aplicación simultánea de ambos institutos lleve a situaciones contradictorias.

Así, si la ley se evade del espacio delimitado que le atribuye la reserva, la *primacía* de la que se beneficiaría esta ley implicaría que el poder reglamentario debería ser conforme a las prescripciones legislativas y no podría contradecirlas, a pesar de que este ámbito pertenece en exclusiva al poder reglamentario por no estar incluido dentro del campo de la reserva de ley. En este supuesto, la función delimitadora de la reserva de ley -respecto a los ámbitos normativos de ambas fuentes, ley y reglamento- quedaría anulada por la fuerza jerárquica de la ley, y el ejecutivo se vería desprovisto de unas

facultades normativas que le son propias dada la imposibilidad del reglamento de modificar las disposiciones legislativas. De este modo, la utilización, por el Parlamento, del principio de primacía de la ley le permitiría crear sobre ese ámbito no reservado una *reserva de ley por vía legislativa*; con lo cual el principio de jerarquía prevalecería sobre el principio de competencia.

En estas condiciones, la aplicación del principio de primacía se plantea como un medio para superar el aspecto restrictivo de la reserva de ley ampliando la atribución de competencia que realiza. La primacía de la ley autorizaría o permitiría las *evasiones* del legislador fuera de la cláusula *libertad y propiedad* creando, en consecuencia, un efecto equivalente al de la reserva debido a la superioridad jerárquica de las normas legislativas. Se produce así, lo que la doctrina actual califica de *congelación de rango*, la norma reglamentaria deviene incompetente para regular un ámbito que, sin embargo, no forma parte *a priori* de la reserva de ley. Se crearía una *reserva formal de ley*, es decir, se establecería un sector reservado a la ley, no por motivo de la materia sino como consecuencia del rango normativo de las normas que deben regularlo. La imposibilidad del poder reglamentario de derogar las normas superiores *congela* el ejercicio de su potestad normativa en ese ámbito, que se beneficia de una presunción de legislatividad¹⁰⁹. En este marco, el principio de primacía de la ley consigue unos efectos opuestos y contrarios a los que resultan de la reserva. De ahí la necesidad de diferenciar ambos conceptos.

¹⁰⁹ Puede verse aquí hasta qué punto los dos principios conservan su autonomía. En cambio, la doctrina francesa agrupa bajo el nombre de principio de legalidad la superioridad jerárquica de la ley y la determinación de su ámbito material de competencia. Esta confusión era posible en Francia porque, precisamente, la ley tenía una potestad ilimitada y debía ser, en todo caso, condición previa a la potestad reglamentaria. El reglamento, al no disponer de un ámbito material propio debía respetar siempre las prescripciones legales. Por eso, en este contexto, primacía de la ley y reserva de ley son dos principios siempre complementarios. En cambio, en Alemania, en la época monárquica, toda aplicación del principio de primacía de la ley fuera del ámbito reservado tiene por efecto sustraer la potestad normativa propia del Gobierno en una materia que, desde una perspectiva negativa la cláusula libertad y propiedad le atribuye.

Sin embargo, la combinación entre los principios de primacía y reserva de ley también puede ejercer unos efectos distintos, en este caso, a favor de la reserva, si se considera que la acción del principio de primacía de la ley está limitada a la esfera de la reserva de ley. En este sentido, dicha institución constituiría un freno a la aplicabilidad del principio de primacía y únicamente en los espacios reservados la ley se beneficiaría de su superioridad jerárquica. Así, los dos conceptos ligados a la ley sólo podrían aplicarse simultáneamente. Mientras que en el caso anterior la primacía constituiría un medio para aumentar el campo de la reserva, en este supuesto, es la reserva de ley la que restringe el campo de acción del principio de primacía. El principio de competencia absorbería, de este modo, al principio jerárquico. En este marco, el reglamento no podría ser cuestionado por la ley que se haya excedido de su ámbito material, pues la fuerza formal de la ley –activa y pasiva- está limitada al espacio cubierto por la reserva.

La posibilidad de que el legislador sobrepase el marco que le concede la reserva de ley ya había sido contemplada por Paul LABAND¹¹⁰. En efecto, este autor considera que si bien la concepción formal y material de la ley tienden, normalmente, a coincidir, admite la existencia de leyes exclusivamente formales, es decir, supuestos en los que el legislador enuncia reglas no jurídicas, sin ningún contenido normativo, esto es, sin crear ningún derecho u obligación a favor de los ciudadanos¹¹¹. El legislador, al disciplinar una materia que no forma parte de la reserva de ley –al evadirse de la misma- no ha creado ninguna norma jurídica. En consecuencia, el ejecutivo puede, en cualquier momento, reglamentar su ámbito material, a pesar de la existencia de reglas

¹¹⁰ LABAND había descrito los mismos efectos jurídicos de la primacía de la ley como una consecuencia de la *fuerza* formal de la misma. Vid. *Supra*, pág. 19 y nota 51; igualmente Cifr. STARCK, C.; *El concepto de ley en la Constitución alemana*, CEC, Madrid, 1979, pág. 157.

¹¹¹ Según DE OTTO, en estas condiciones la ley no crea derecho y, en consecuencia, la Administración no queda obligada por normas jurídicas, en DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 178.

legislativas anteriores; es decir, el reglamento material puede contrarrestar a la ley simplemente formal¹¹².

La conjugación de los principios de reserva de ley y primacía de la ley fue un problema eminentemente teórico bajo la monarquía constitucional alemana, pues existía un cierto consenso entre los órganos constitucionales sobre el reparto de las potestades normativas. El ejecutivo monárquico tiende a limitar al legislador –que, en un primer momento, se siente satisfecho de las atribuciones normativas que le han sido reconocidas- dentro de los límites de la reserva de ley. Ciertamente, el legislador puede superar ese ámbito normativo delimitado¹¹³, pero normalmente existe un acuerdo del ejecutivo que por razones técnicas admite esta ampliación¹¹⁴. El legislador se beneficia, al menos en los sectores reservados, del principio de primacía de la ley, principio sobre el cual no se siente vinculado y puede disponer libremente. Así, se consideran válidas las leyes que admitan que los actos inferiores modifiquen sus propias disposiciones o aquellas establecidas por otras leyes anteriores¹¹⁵. Es decir, el legislador puede renunciar al valor jerárquicamente superior de la ley. Y ello, porque la *fuerza de la ley* podía ser transmitida libremente al reglamento¹¹⁶.

¹¹² Esta preeminencia de la competencia sobre la jerarquía normativa permite a LABAND aportar una solución jurídica al conflicto presupuestario prusiano de 1862. Según LABAND, el presupuesto del Estado constituye un acto administrativo por naturaleza, pues no contiene, en sí mismo, ninguna proposición jurídica. Se trata de un simple cálculo de gastos e ingresos. En consecuencia, y ante la ausencia de voluntad parlamentaria de votar el presupuesto, el Ejecutivo puede sustituir al legislador para dictar un acto materialmente administrativo.

¹¹³ Entre otras razones porque no existe ningún mecanismo o instrumento jurisdiccional que permita al Ejecutivo reaccionar frente a la usurpación del espacio legislativo definido y delimitado por la Constitución.

¹¹⁴ Vide FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffré, Milano, 1963, pág. 74, nota 135.

¹¹⁵ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 91.

¹¹⁶ BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 163.

Estas reflexiones constituyen las premisas del debate, que se desarrolló con posterioridad a la primera guerra mundial, sobre la validez y legitimidad de las deslegalizaciones realizadas por el propio legislador. El principio de primacía de la ley no es incompatible con la posibilidad de que el legislador autorice al ejecutivo a modificar o derogar una regulación legislativa preexistente. Por ello, debemos cuestionarnos si, de forma similar, la reserva de ley prohíbe que la ley pueda habilitar al reglamento para regular la materia reservada, ocupando así su lugar.

2.5.2. El carácter no vinculante de la reserva de ley

En el apartado anterior hemos visto como el principio de primacía de la ley condicionaba al poder reglamentario frente a una legislación preexistente. En este punto pretendemos analizar si el legislador puede renunciar al ejercicio de una potestad normativa que aún no ha ejercido pero que la institución de la reserva de ley le atribuye. Más exactamente, la cuestión reside en determinar la validez de una regulación legal sólo parcial de la materia, que remite al poder reglamentario la regulación restante. En este caso, no es la existencia de una ley previa la que bloquea la intervención reglamentaria sino la pertenencia de la materia a la reserva de ley. La cuestión se centra así en determinar si la institución de la reserva de ley, cuyo principal efecto consiste en prohibir la intervención espontánea del poder normador del ejecutivo en el campo por ella cubierto, implica también una obligación de actuar del Parlamento; es decir, si la reserva de ley constitucional vincula al legislador.

En la doctrina clásica alemana la ley, producto de la voluntad conjunta de Monarca y Parlamento, tiene plena legitimidad para *autorizar* al reglamento a

complementar, desarrollar e incluso a innovar el ordenamiento jurídico¹¹⁷. Desde esta perspectiva la reserva de ley no comporta para el legislador la *obligación* de regular la materia que le está reservada y puede, mediante una ley de habilitación, autorizar al ejecutivo a intervenir sobre la misma.

El concepto de reserva de ley unido a la concepción material de la ley supone que sólo una ley de este tipo puede intervenir en dicho ámbito. Por eso, el ejecutivo necesita de las autorizaciones de las leyes para ordenar, imponer cargas y, de una forma general, para todo lo que se traduzca en una afectación de la libertad o la propiedad realizada mediante reglamentos¹¹⁸. Así, las intervenciones que afecten a dicho ámbito material pueden ser objeto de reglamentos si están debidamente habilitados o autorizados por la ley, y serán, por ello, considerados leyes en sentido material. La reserva de ley no supone que toda regulación en esta materia sea directamente realizada por el legislador, sino sólo que éste haya consentido sobre dicho sector la utilización por parte del ejecutivo de sus poderes normativos. La idea que subyace es que la reserva de ley se establece a favor de los parlamentos –como órganos representativos del pueblo– y estando prevista a su favor éstos pueden, libremente, renunciar a ella¹¹⁹.

De este modo, la reserva de ley se agota con la habilitación legislativa, en tanto que acto que, expresando la voluntad parlamentaria, se desprende de la materia sin necesidad de realizar una regulación efectiva. El efecto de la reserva es únicamente conferir a los representantes de la sociedad burguesa una capacidad de elección que comporta la determinación de la autoridad que

¹¹⁷ En este sentido se pronuncia BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 25.

¹¹⁸ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 95.

¹¹⁹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 122.

procederá a la regulación de la materia reservada. La reserva de ley no prohíbe transferir al ejecutivo la tarea de regular el objeto reservado, puesto que parte de la consideración de la ley como norma suprema del Estado que no tiene límites para delegar su poder. Entendida de esta manera, la reserva de ley no se presenta como una obligación para legislador. Se trata sólo de asegurar un control de la regulación de las materias referidas y de privar, al mismo tiempo, al ejecutivo de la decisión primaria sobre las mismas.

Este objeto limitado de la reserva de ley tiene como consecuencia la posibilidad de configurar tres tipos de reglamentos: los reglamentos autónomos, dictados por el ejecutivo fuera del espacio de la reserva, los reglamentos ejecutivos, que se limitan a poner en práctica los postulados de la ley¹²⁰, y los reglamentos denominados *con fuerza de ley*, que son aquellos que están autorizados por la ley para regular materias que de otro modo corresponderían al legislador. Al tener el legislador la posibilidad de habilitar al poder reglamentario, los reglamentos que intervienen en el seno de la reserva, gracias a esta habilitación, son considerados, necesariamente reglamentos con *fuerza de ley*: la ley es la *conditio sine qua non* de su válida intervención en el seno de la reserva puesto que les transfiere la *fuerza* para crear normas jurídicas. Mientras que los reglamentos que actúan fuera del espacio reservado son dictados *praeter legem*.

Otto MAYER considera que incluso sin habilitación legislativa los reglamentos necesarios para la ejecución de una ley pueden dictarse, y ello en virtud de la disposición constitucional que atribuye al Monarca el poder ejecutivo¹²¹. Y a la inversa. Debe existir una cláusula de autorización en la ley para que el

¹²⁰ Para LABAND el reglamento ejecutivo puede contener tanto prescripciones administrativas como normas jurídicas; mientras que JELLINEK considera que el reglamento de ejecución no puede crear nuevos derechos y obligaciones que no se encuentren previamente contemplados en la ley; y por ello, este tipo de reglamento no supone una delegación del legislativo para establecer normas jurídicas sino sólo para dictar prescripciones administrativas.

reglamento pueda rebasar el estricto marco de medidas de ejecución complementando la ley o regulando, libremente, lo que le ha dejado¹²².

La habilitación legislativa supone para el legislador la posibilidad de remitir al ejecutivo la regulación de al menos una parte de la materia reservada, y al mismo tiempo permite ampliar el espacio residual que las constituciones establecen a favor del reglamento que puede así sobrepasar la simple ejecución de la ley. El término habilitación adopta así todo su sentido: el Monarca está autorizado por el legislador para hacerse cargo de los aspectos de una materia que hubiera podido deducir de su propia iniciativa normativa. Así, el reglamento adoptado bajo habilitación legislativa actúa en el marco de esta habilitación, mientras que el reglamento espontáneo dictado para la aplicación de la ley está limitado por las obligaciones de sus finalidades, es decir, no puede contener más que las reglas necesarias para la concreta aplicación de la ley. Ante el silencio de la ley, el ejecutivo no puede intervenir en el seno de la reserva más que para prever las condiciones de aplicación de la ley. Además, según Otto MAYER, la ley podría excluir esta competencia de ejecución prohibiendo toda intervención reglamentaria. Por contra, bajo la autorización de la ley, el ejecutivo puede llegar a sustituir al legislador.

De este modo, el legislador dispone de la posibilidad de crear un ámbito material para el ejercicio de la potestad reglamentaria en detrimento de su propia potestad. El legislativo tiene así plena capacidad para realizar una distribución de competencias o potestades normativas entre la ley y el reglamento, ya que, bajo esta concepción, la reserva de ley no le impone el ejercicio efectivo de su propia potestad. Es el legislativo quien puede fijar por medio de las habilitaciones legislativas la línea de demarcación que debe

¹²¹ MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 95.

¹²² MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 95.

separar la ley y el reglamento, y ello sin perjuicio de la potestad autónoma de la que goza el ejecutivo en las materias no reservadas.

En definitiva, el poder reglamentario queda determinado por dos fundamentos: fuera de las materias reservadas, encuentra su base directamente en los poderes normativos del Monarca; en el ámbito de la reserva, su fundamento se encuentra en la ley, ya sea de forma tácita -supuesto en el que ve reducida su función al establecimiento de las medidas necesarias para la ejecución de la ley-, sea de forma expresa -cuando es la ley la que fija los límites de su intervención.

La reserva de ley se presenta, así, frente al poder reglamentario como un límite que únicamente puede modificar el propio legislador. La ausencia de vinculación de la reserva de ley al Parlamento comporta, no sólo la posibilidad de habilitaciones legislativas, sino también que estas puedan ser amplias y generales, sin condicionar en absoluto al poder reglamentario. Nada impide al legislador conferir al ejecutivo un poder discrecional de regulación atribuyéndole una potestad normativa sobre una materia determinada.

Sin embargo, esta situación era, de hecho, poco factible en la época, teniendo en cuenta la presencia de fuerzas políticas contrarias que ocupaban el legislativo y el ejecutivo; el legislativo no tenía, *a priori* ningún motivo para transferir a su adversario unas facultades normativas adicionales¹²³. Por ello,

¹²³ En este contexto de fuerzas políticas antagónicas puede ser oportuno para legislador remitir la fijación de las decisiones sobre una materia al ejecutivo, pues frente a la opinión pública, es el ejecutivo quien adopta las decisiones de intervención en el ámbito de libertad y propiedad, lo cual podría comportar, eventualmente, una fragilidad o debilidad de su legitimidad. Desde esta perspectiva, la habilitación legislativa que realiza el Parlamento y que supone desprenderse de la regulación de una materia aparece como un arma táctica. Igualmente, debe analizarse como la inexistencia de una obligación respecto al poder del legislador. Al igual que el poder reglamentario en su esfera de competencias, el legislador no sufre restricciones en las materias reservadas ya que él posee también un poder discrecional sobre la selección y elección de la forma de regulación de las mismas. Esta libertad del legislador, privada de toda obligación de regulación le permite luchar en igualdad de armas frente al ejecutivo. En el contexto de un conflicto político entre los dos poderes hubiera sido inconcebible que el

no puede dejar de constatarse, que toda la anterior exposición responde a una situación constitucional muy compleja vista con perspectiva histórica, y difícilmente puede afirmarse que esta situación se produjo efectivamente así en la práctica. La distribución del poder, que es el elemento clave que se esconde detrás de esta situación justificó posiciones jurídicas y constitucionales muy dispares.

2.6. CONCLUSIONES

La reserva de ley se configura como un mecanismo de protección constitucional de los derechos y libertades, especialmente de aquellos que, como señala BALAGUER conforman "las insignias del credo liberal"¹²⁴: la libertad y la propiedad. Sin embargo, esta concepción inicial de la reserva de ley, se configura de modo negativo, es decir, como un límite para el poder ejecutivo respecto a la regulación reglamentaria de esas materias. Límite que, no obstante, era plenamente disponible para el legislativo, pues en cualquier momento podía habilitar libremente al ejecutivo para que regulara dichas materias mediante su producto normativo propio. Ello era consecuencia de que "la fuerza de la ley podía ser transmitida libremente al reglamento"¹²⁵.

Como consecuencia de la estructura dualista del Estado la reserva tenía en este momento histórico una funcionalidad muy clara: requerir el consentimiento de los representantes parlamentarios para regular aquellas materias que afectaban esencialmente a los grupos sociales representados en los

legislador estuviera imposibilitado por una obligación de regulación cuando la facultad de realizar esta responsabilidad parece ser un elemento del juego político. A pesar de todo, el profesor FOIS ha intentado mostrar como la ausencia de obligación impuesta por la reserva al Parlamento se inserta en la perspectiva del desarrollo de los derechos. *Vid.* FOIS, S.; *La «riserva di legge»: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 69 y ss.

¹²⁴ BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 163.

¹²⁵ BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 163.

parlamentos. El motivo era claro: la falta de legitimidad democrática -en tanto que ausencia de carácter representativo respecto a la burguesía- del ejecutivo, representado en el Monarca, y ello, porque en esta estructura política el Parlamento lejos de ocupar una posición central no es sino un órgano que viene a agregarse a un ejecutivo preexistente.

En este marco, y ante la ausencia de una Constitución normativa que definiera las competencias de los diferentes poderes públicos, el legislador podía disponer libremente de las materias reservadas, regulándolas el mismo, o atribuyéndolas al ejecutivo. La reserva de ley actúa también como instrumento que permite realizar esta distribución de potestades normativas mediante el concepto material de ley, lo cual significa atribuir al legislativo un poder formalmente ilimitado para regular toda intervención estatal en la libertad y la propiedad -que conformaban las relaciones entre Estado y sociedad. Así, es la propia sociedad la que decide a través de sus representantes el alcance de esa intervención, y este poder de decisión engloba también la facultad de delegación en el poder ejecutivo.

Bajo la experiencia marcada por la forma de gobierno monárquico-constitucional la reserva de ley se identifica con la reserva de disciplina parlamentaria, y representa no sólo una etapa más o menos estable en la lucha constitucional entre Parlamento y Corona -con la consiguiente erosión del poder normativo del soberano-, sino que también representa el momento de la autonomía del orden legislativo -procedente del Parlamento, expresión de la voluntad nacional- en la confrontación con el ejecutivo¹²⁶. Esta consideración

¹²⁶ La revolución de 1918 rompió con la soberanía de los monarcas y fundó el poder del Estado en la soberanía popular. Con ello, desapareció la posibilidad de fundamentar jurídicamente la radical estructura dualista de estado y sociedad procedente de la monarquía constitucional. Sin embargo, y a pesar del cambio constitucional se mantuvo el doble concepto de ley [Así lo señala STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana, op. cit.* Pág. 140-145]. En la actualidad, la modificación de los antagonismos sociales y la dinámica democrática trasladan la lucha política del binomio ejecutivo-legislativo al complejo mayoría parlamentaria/Gobierno-minoría parlamentaria. Ello implica que esta última, la minoría

de la reserva de ley se extiende muy rápidamente y encuentra un amplio espacio de disciplina en los derechos económicos-patrimoniales y de libertad, según un modelo que, por un lado, atribuye o reconoce en términos generales una situación de beneficio o ventaja y, por otro, entrega a la ley la definición de sus límites¹²⁷.

De esta primera perspectiva de la reserva de ley se deriva ya la primacía de la ley sobre los actos del ejecutivo. Visión que después se perfeccionaría y se mostraría completamente en su significado garantista, con la afirmación del principio de legalidad y la creación de instrumentos jurisdiccionales para la tutela de los derechos individuales frente a los actos administrativos. En este marco y bajo el clima de una más intensa elaboración política y cultural de la institución de la justicia administrativa, al *valor* de la ley como acto que tiene una procedencia política democrática se añade, e incluso se superpone, el *valor* de la ley como acto que contiene reglas generales y abstractas a las que debe adecuarse el procedimiento administrativo en sede de control de legitimidad. Con ello, la reserva de ley adquiere no sólo un significado de garantía política de los derechos relativos a la libertad y propiedad, sino que, además, a causa de la estructura considerada esencial del acto legislativo -generalidad y abstracción- acaba por asumir un más específico valor garantista en la relación de los particulares con la Administración Pública, no sólo en el sentido de estabilizar o aferrar a la Administración Pública bajo parámetros normativos lo más precisos posibles, sino también para asegurar la igualdad en la aplicación de la ley¹²⁸.

parlamentaria, pueda hacer valer sus argumentos en el marco de un procedimiento parlamentario dialéctico.

¹²⁷ Además, la cláusula *libertad y propiedad* cumpliría, poco a poco, todas sus promesas de extensión, principalmente debido a una considerable ampliación de los conceptos de libertad -que integra progresivamente toda la esfera de actuación del individuo- y de propiedad -que incluye ahora una serie de derechos patrimoniales.

¹²⁸ En este sentido PÉREZ ROYO ["La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pág. 113] señala que con la Constitución de Weimar se produce el tránsito de "un sistema de reserva de ley a otro de legalidad de la Administración

Como veremos seguidamente, el instituto de la reserva de ley no era posible en ordenamientos como el francés que en ese mismo momento histórico instaura un régimen representativo y el carácter omnipotente de la ley. Y esa función de garantía de los derechos de los individuos frente a los actos de la Administración será ejercida por el principio de legalidad¹²⁹.

CAPÍTULO II. LA RELACIÓN LEY-REGLAMENTO EN EL SISTEMA FRANCÉS

1. BREVE REFERENCIA AL SISTEMA DE FUENTES EN LA TRADICIÓN MONISTA FRANCESA

Desde la instauración del régimen representativo la historia constitucional francesa parece excluir *a priori* la existencia de una reserva de ley como consecuencia del carácter omnipotente de la norma emanada del Parlamento y

en el cual todo está reservado a la ley"; la Administración siempre actúa *secundum legem* y el poder reglamentario autónomo del Gobierno o bien desaparece o bien queda circunscrito a cuestiones puramente organizativas de carácter interno. Si bien es cierto que en esta Constitución no se prevé la posibilidad de que el Parlamento delegue en el Gobierno el ejercicio de potestades normativas en la práctica no se duda de su admisibilidad debido a la consideración de que el Parlamento no tiene límites a la hora de efectuar la delegación. Fruto de ello fue la famosa ley de habilitación de 1933 a través de la cual se concedió al Gobierno del Reich la potestad para dictar leyes —en sentido formal—, rompiendo de este modo las bases sobre las cuales se había construido, desde los orígenes del constitucionalismo, la distinción entre normación de origen parlamentario y gubernamental. Es decir, "se dio el paso decisivo para la supresión de la separación entre legislativo y ejecutivo" [PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pág. 114].

¹²⁹ PÉREZ ROYO señala que los términos de reserva de ley y principio de legalidad van unidos a la dinámica de las relaciones entre legislativo y ejecutivo; si esta relación se decanta por una primacía del legislativo surge el principio de legalidad; si se inclina por la primacía del ejecutivo surge el concepto de reserva de ley. *Vid.* PÉREZ ROYO, J.; *La reserva de ley*, Tesis doctoral, 1969, pág. 4-5.

de la fuerte tradición republicana¹³⁰. Ya se ha señalado en la sección anterior hasta qué punto los datos históricos y políticos tienen una fuerte relevancia en la construcción de la teoría de la reserva de ley en la Alemania de finales del siglo XIX, donde dicha institución se presenta como un instrumento de distribución de los poderes normativos entre la asamblea y el monarca. Por ello, la propia historia constitucional y política hacen que la situación francesa sea completamente diferente desde su origen. Partiendo de las tesis de ROUSSEAU, la soberanía de la ley, como expresión de la *volonté générale* es total, por lo que su ámbito de intervención no podía ser limitado por las potestades normativas de un órgano no representativo. A ello hay que añadir que los revolucionarios franceses pretendieron despojar al Rey de todo poder reglamentario e incluso que la Asamblea llegara a asumir en su totalidad la función de dictar reglamentos de aplicación de las leyes¹³¹. Y sin embargo, y a pesar de todo ello, la cuestión de los límites materiales para el legislador no es ajena a la discusión doctrinal.

Hasta la Constitución del año VIII la situación de subordinación del ejecutivo al legislativo era tal que no se consideró oportuno autorizar al primero a dictar reglamentos de alcance general, es decir a reconocerle una potestad normativa. Hasta este momento, todo el poder normativo, originario o derivado, recae en la Asamblea, único poder con competencia para su producción. Estos actos del poder legislativo eran denominados genéricamente *decretos* y se transformaban en *leyes* cuando recibían la sanción real¹³². Por eso, y a pesar

¹³⁰ Así se pronuncia BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 61-62.

¹³¹ BAÑO LEÓN considera que frente al primer intento de excluir el reglamento del sistema de fuentes, posteriormente "las necesidades prácticas impusieron el reconocimiento de un poder reglamentario" al ejecutivo, *vid. Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 62.

¹³² Art. 6 de la Sección III del Capítulo III del Título III de la Constitución de 1791 : "Les décrets sanctionnés par le Roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois législatures

de que en la Constitución de 1791 se enumeran una serie de competencias que corresponden al Cuerpo legislativo, éstas no constituyen un ámbito normativo limitado, sino un recordatorio de que se ha desposeído al poder real de estas atribuciones. La capacidad reguladora del Monarca se encuentra limitada a la reiteración de las disposiciones legislativas sin poder añadir nuevas normas pues se limitaba a efectuar *proclamations* “conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution”¹³³. La Constitución de 1795 sigue la misma línea y reconoce también un poder reglamentario del ejecutivo centrado en la noción de “exécution des lois”¹³⁴.

A partir de la Constitución del año VIII (1799), y a pesar de que no todos los textos constitucionales posteriores hablan de poder reglamentario, lo cierto es que se confiere a favor del ejecutivo –denominado ya Gobierno- el ejercicio de una potestad normativa, sin establecer sectores normativos propios a favor del mismo. Se produce así, un desdoblamiento de la potestad normativa en dos órganos claramente diferentes: Gobierno y Parlamento. Todo lo que hace el legislativo es ley y el reglamento es obra del ejecutivo. No existe una enumeración de las materias que deben ser reguladas por el legislativo y se deduce una concepción de la ley como norma principal frente al poder reglamentario, por lo que se puede hablar del nacimiento de una relación de subordinación entre dos fuentes normativas: la ley y el reglamento¹³⁵. Es a partir de aquí que se impone la concepción de la ley y el reglamento que devendrá clásica en la historia constitucional francesa.

consecutives, ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de Lois”. JELLINEK sitúa el nacimiento del concepto formal de ley y de fuerza de ley en este art. 6.

¹³³ Art. 6 de la Sección I del Capítulo IV del Título III de la Constitución de 1791.

¹³⁴ Art. 144 de la Constitución de 1795.

¹³⁵ Esta relación de subordinación era inconcebible en la situación constitucional anterior ya que el poder normativo se concentraba en un único órgano, la Asamblea.

La superioridad de la ley -entendida como "toda decisión emitida por el Cuerpo legislativo, en la forma que es propia al órgano de la legislación"¹³⁶- proviene exclusivamente del órgano que la elabora, el cuerpo legislativo, depositario inmediato de la soberanía nacional. Desde este momento la ley queda definida exclusivamente desde un punto de vista formal y por tanto, puede regularlo todo, mientras que el reglamento, que también por definición sólo puede ejecutar la ley, no tiene ningún espacio autónomo de intervención¹³⁷. En consecuencia, ambas categorías normativas ley y reglamento aparecen delimitadas siguiendo un criterio jerárquico y vertical.

Una vez consolidada esta potestad reglamentaria del gobierno, se producirá un proceso de ampliación de la competencia normativa del ejecutivo como consecuencia de habilitaciones realizadas por la Asamblea¹³⁸. Sobre la base de esta práctica, la Asamblea aprueba leyes de habilitación que autorizan al Gobierno a regular reglamentariamente una determinada materia *ex novo*, con potestad incluso para derogar leyes formales anteriores, y todo ello supeditado a una posterior ratificación parlamentaria¹³⁹.

¹³⁶ CARRÉ DE MALBERG, R.; *Teoría General del Estado*, Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de cultura económica, México, 1998, pág. 348.

¹³⁷ CARRÉ DE MALBERG, R.; *Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 329. Igualmente WALINE, M.; "Las rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *op. cit.* pág. 700-702. También MORANGOE, G.; "La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1959, Chronique IV, pág. 21-26, especialmente, pág. 21.

¹³⁸ El gobierno va adquiriendo más autonomía en el ejercicio de su potestad reglamentaria y la opinión mayoritaria de la doctrina francesa, a partir sobre todo de la III República, coincide en la existencia de un espacio originario de intervención normativa del ejecutivo en materia de servicios públicos y en menor medida de policía, que no queda condicionado por ningún tipo de habilitación legislativa. *Vid.* al respecto CARRÉ DE MALBERG, R.; *Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 576-590.

¹³⁹ *Vide* WALINE, M.; "Las rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *Revue de Droit Public*, 1959, pág. 703 y PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el parlamento y el Gobierno", en la obra colectiva *El Gobierno*, Diputació de Barcelona, 1985, pág. 93-144, en especial pág. 98-99. Será a partir de la 1ª guerra mundial, que aumentará el número de habilitaciones y la extensión de las mismas, pasando de una habilitación para una materia concreta claramente definida, a otra que acabará denominándose *pleins-pouvoirs*.

De esta manera se empieza a producir lo que será una constante en la historia constitucional francesa entre el diseño de las relaciones normativas Parlamento-Gobierno establecido en los textos constitucionales y el existente efectivamente en la práctica jurídica. Según los textos constitucionales vigentes durante la III República, la ley es competencia exclusiva del Parlamento y al Gobierno le corresponde la emisión de reglamentos para su ejecución. En la práctica, no obstante, la separación no es tan clara, ya que el Gobierno también puede dictar actos que tienen la misma fuerza de la ley -los denominados *reglamentos de administración pública (RAP)*- que, si bien no son propiamente leyes, si que producen su principal efecto, pues pueden derogar leyes formales y sólo pueden ser derogados por éstas o por otros *reglamentos de administración pública* con habilitación legislativa¹⁴⁰. Así, leyes y reglamentos de administración pública únicamente se diferencian por el órgano del que emanan: Parlamento y Gobierno respectivamente, pero pueden producir los mismos efectos jurídicos.

Sin embargo, las relaciones entre ley -en el sentido amplio de actos con fuerza de ley- y reglamento no cambian, siguen siendo las mismas tanto a nivel constitucional como en la práctica jurídica, ya que el reglamento sigue siendo un acto subordinado a la ley. De hecho, lo que cambian son las relaciones Parlamento-Gobierno -las llamadas fuentes materiales o agentes de producción normativa- porque el primero ha perdido el monopolio legislativo que le atribuye la Constitución en beneficio del Gobierno. Por ello, como hemos dicho antes, no se amplía la competencia normativa del reglamento sino la

¹⁴⁰ Tal como señala Carré de MALBERG "La fuerza especial de la ley consiste en que sus prescripciones, sean las que fueren, se imponen, por ser la expresión de la voluntad más alta que existe dentro del Estado, a todas las autoridades estatales distintas del legislador", en *Teoría General del Estado*, Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de cultura económica, México, 1998, pág. 347. Otro de los caracteres específicos de la ley -que incorpora CARRÉ al concepto de fuerza- es su potencialidad para ordenar y decidir sin necesidad de fundarse en ninguna prescripción legislativa anterior, pudiendo a su vez derogar "por vía de medida singular y excepcional, las reglas generales anteriormente formuladas por el legislador"; *Ibidem*, pág. 342. Para CARRÉ los reglamentos de administración pública tiene la fuerza de ley, *vid. Teoría general del Estado, op. cit*, pág. 539.

competencia normativa del Gobierno que junto al tradicional poder reglamentario dispone ahora de un nuevo poder normativo al gozar de la potestad de realizar actos que tienen la fuerza de la ley.

No obstante, la situación del Parlamento y del Gobierno no es equiparable en el plano de la producción normativa: el Parlamento continúa siendo el titular originario e incondicionado de la competencia para elaborar leyes, en cambio el Gobierno precisa de una habilitación parlamentaria previa y ha de someterse a las condiciones establecidas en la ley de habilitación. Sin embargo existen una serie de materias que se entienden reservadas por completo al Parlamento, es decir, a la ley formal, sin que quepa ninguna delegación sobre las mismas: son las llamadas *reservas al legislador por la tradición constitucional republicana*¹⁴¹. Y es con ocasión de la posibilidad de delegar en el Gobierno la regulación de estas materias que se plantea en Francia la cuestión de los límites materiales al poder de delegación del legislador y con ella, la posible existencia de una reserva de ley.

2. LAS PRIMERAS CONCEPCIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA RESERVA DE LEY DURANTE LA III REPÚBLICA FRANCESA: LOS LÍMITES AL PODER DE DELEGACIÓN DEL LEGISLADOR

La cuestión de la reserva de ley se plantea en Francia con referencia al tema de los límites materiales al poder de delegación del legislador y con ello al de la amplitud y naturaleza de la habilitación de la ley al reglamento. Desde este punto de vista se pueden establecer dos períodos: el primero, caracterizado por las diversas posiciones doctrinales frente al proceso de delimitación entre

¹⁴¹ La tradición constitucional republicana impedía la transferencia al ámbito normativo del reglamento de materias tales como las libertades públicas, el establecimiento de las penas y las disposiciones fiscales en general. Al respecto *vid. Avis del Conseil d'État*, de 6 de febrero de 1953, citado por PARDO FALCÓN, J.; "La evolución de las relaciones entre la Ley y el

la ley y el reglamento respecto a las materias reservadas al legislador; el segundo, protagonizado por CARRÉ DE MALBERG, en el que propone una explicación global del ordenamiento jurídico creado por la Constitución de 1875 a partir de la constatación de una inexistente reserva de ley.

2.1. LOS LÍMITES MATERIALES A LAS HABILITACIONES LEGISLATIVAS AL REGLAMENTO

Como señala M.J. REDOR, a principios del siglo XX "*la plupart des administrativistes semblait avoir une grande difficulté à prendre une position claire sur la question de la délimitation entre la loi et le règlement*"¹⁴². Un primer elemento que permite realizar la separación entre el ámbito de la ley y el del reglamento se fundamenta en el efecto jurídico de la norma: si tiene un impacto sobre los ciudadanos, particularmente en la imposición de obligaciones, sólo la ley puede ser su soporte. Si, por el contrario, se trata de una norma puramente interna de la Administración, el reglamento puede dictarla espontáneamente.

Esta doctrina viene a consagrar un poder reglamentario *ad intra*, y se encuentra recogida en las sentencias del *Conseil d'État* de 19 de febrero de 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways*, y de 4 de mayo de 1906, *Babin*. Según esta jurisprudencia se admite la existencia de un poder reglamentario autónomo que sólo puede desarrollarse en el interior de la esfera administrativa. Por el contrario, en las denominadas *materias legislativas por naturaleza* o *materias reservadas al legislador por la tradición constitucional republicana*, el Gobierno sólo podía dictar normas reglamentarias si el Parlamento le autorizaba a hacerlo. Entre estas materias reservadas se encuentran las establecidas por

Reglamento en la Quinta República Francesa", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1990, pág. 110.

¹⁴² REDOR, M.J.; *De l'État légal à l'État de Droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-PUAM, 1992, pág. 143.

las Leyes Constitucionales de 1875, como la amnistía o la configuración de los tipos penales; por la ley, como la declaración del Estado de sitio (ley de 3 de abril de 1878) o la imposición de tributos (leyes anuales de presupuestos); y finalmente, por la práctica consuetudinaria, como por ejemplo la creación de nuevas jurisdicciones o la modificación de las competencias de las ya existentes¹⁴³.

HAURIUO parece enunciar una concepción similar al proclamar que "*doit être matière de loi toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté*"¹⁴⁴ y considera, por otro lado, que el reglamento tiene "*un objet propre qui est d'assurer le fonctionnement de l'administration*" o el de "*créer des organisations publiques*"¹⁴⁵. De este modo, toda restricción a la libertad y toda imposición de una nueva obligación en detrimento de los ciudadanos sólo pueden emanar del órgano representativo que constituye el Parlamento.

La delimitación entre la ley y el reglamento realizada bajo esta concepción supone que el ámbito que correspondería al poder legislativo es muy extenso pues la intervención reglamentaria sólo podría afectar a la regulación interna de la Administración, de sus agentes o de las relaciones con las personas que estuvieran en una situación de sujeción especial. Sin embargo, ello sólo hace referencia a la emisión de reglamentos espontáneos o autónomos, pues se admite que, una vez haya intervenido la ley el reglamento siempre puede complementarla. Ello comporta que, incluso en las *materias legislativas por naturaleza*, la ley pueda libremente renunciar a todo o parte de su competencia y remitir al reglamento para regular el resto.

¹⁴³ Vide WALINE, M.; *op. cit.*, pág. 701.

¹⁴⁴ HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6 ed. Paris, Sirey, 1907, pág. 297. Para este autor, la ley tiene un carácter estatutario, de naturaleza similar a la ley constitucional, por ser la norma soberana. Esta característica de la ley como norma estatutaria será también recogida por CARRÉ en *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pág. 318 y sg.

¹⁴⁵ *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, pág. 298.

DUGUIT, sin embargo, no comparte esta opinión. Considera que una habilitación genérica e indeterminada al Gobierno para regular *materias legislativas*¹⁴⁶ sería contraria a la Constitución, pues supondría una abdicación completa, por parte del legislador, de sus poderes, y eso no lo permite la Constitución¹⁴⁷. El legislador no puede *delegar* su poder, pero sí puede autorizar o habilitar al Gobierno a dictar norma reglamentarias en materias legislativas. Esta noción de materia reservada al legislador no impone un mínimo de regulación legislativa, sólo garantiza que la intervención reglamentaria deberá fundamentarse en una ley preexistente, es decir, que los reglamentos que actúan en estas materias sólo son válidos si están habilitados por la ley de *forma especial y determinada*¹⁴⁸.

Aquí puede verse, creemos, la distinción, consagrada por la doctrina alemana, entre *reglamentos jurídicos*¹⁴⁹, que en tanto que modifican el ordenamiento jurídico general creando obligaciones jurídicas, necesitan una delegación especial de la ley, y *reglamentos administrativos*. Estos últimos contienen normas meramente organizativas e internas y despliegan sus efectos únicamente sobre las personas integradas en una organización administrativa, es decir, no modifican el ordenamiento general, por lo cual, no necesitan una

¹⁴⁶ Estas *materias legislativas por naturaleza* vienen determinadas por la tradición republicana y exigen que sea el legislador quien determine su contenido; la fijación de la pena privativa de libertad; el establecimiento de impuestos, las reglas esenciales de la libertad de comercio y de la propiedad. Vid. DUGUIT; *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed. Paris, tomo IV, pág. 764. Para DUGUIT estas materias legislativas se extraen de los principios básicos de la Revolución francesa y de la Declaración de Derechos de 1789.

¹⁴⁷ DUGUIT; *Traité de Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, pág. 772. Todo ello, ciertamente, bajo la idea de que la ley está en cierta forma, infraordenada a la Constitución que el juez ordinario sería competente para controlar la constitucionalidad de la ley.

¹⁴⁸ DUGUIT; *Traité de Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, pág. 772. Esta idea será la que recogerá el *Conseil Constitutionnel* bajo la vigencia de la actual Constitución de 1958. Y también está presente en la doctrina establecida por nuestro Tribunal Constitucional de prohibición de deslegalización en materias reservadas a la ley.

¹⁴⁹ LABAND, P.; *Le droit public de l'Empire allemand*, Giard et Brière, Paris, 1901, T. I, pág. 395.

intervención legislativa previa¹⁵⁰. Al igual que en la Alemania de esta misma época, la noción de *materias reservadas al legislador* no supone una regulación mínima del legislador, pues siempre puede libremente reenviar al poder reglamentario. Por otra parte, es obvio que la ley también puede actuar en el espacio normativo en el que se desenvuelve el reglamento, pues éste no tiene ningún ámbito material reservado. Así, la competencia general del poder ejecutivo para todo lo que concierne a la regulación de la Administración, es una facultad que el ejecutivo sólo puede poner en práctica en ausencia de ley.

De todo ello, creemos que puede concluirse que esta doctrina, más que consagrar una auténtica reserva de ley -pues no vincula al legislador en el ejercicio de su propia potestad legislativa- establece, sobre todo, un límite al principio de legalidad, entendido como exigencia de una ley previa a toda regulación reglamentaria. Límite que, sin embargo, no obstaculiza la existencia de un poder reglamentario autónomo en materia de organización administrativa.

Ciertamente, la auténtica dialéctica respecto a la existencia de una reserva de ley se planteó a propósito de la calificación jurídica de las remisiones o habilitaciones legislativas al reglamento, y particularmente, del denominado *reglamento de administración pública (RAP)*.

Se empezó así a distinguir entre los reglamentos de administración pública y los reglamentos ordinarios, dictados espontáneamente para la ejecución de la ley¹⁵¹. Mientras que éstos se limitan a aplicar la ley, aquéllos dictan disposiciones idénticas a las que en principio sólo puede adoptar el legislador

¹⁵⁰ LABAND, P.; *Le droit public de l'Empire allemand, op. cit.*, pág. 546, Vide igualmente, sobre la influencia de la teoría alemana del poder reglamentario MUÑOZ MACHADO, S.; "Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español", *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pág. 149.

¹⁵¹ Vid. RÉDOR, M.J.; *De l'État légal à l'État de Droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-PUAM, 1992, pág. 136-137.

llegando, incluso, a derogar, leyes formales¹⁵². Ello es consecuencia de la concepción de la habilitación de la ley como una *delegación legislativa*, en la medida en que autoriza al poder ejecutivo a excederse de los límites propios de ejecución de la ley, permitiéndole, especialmente, regular materias reservadas al legislador *por la tradición constitucional republicana*¹⁵³. Sólo una delegación legislativa puede autorizar al ejecutivo a regular materias reservadas al órgano legislativo. Los RAP serían, así, reglamentos realizados en virtud de una delegación especial que pueden, si así lo establece la ley de delegación, establecer tributos o imponer penas. Lo cual significa, *a contrario*, que sólo el legislador es competente en estas materias.

De todo ello parece deducirse que algunas materias -centradas en lo que podríamos denominar los sectores originarios de la reserva: ámbito fiscal y ámbito penal- están *reservadas* a la ley y que si el reglamento puede actuar en ellas es porque la ley renuncia, provisionalmente, a la potestad normativa que le es propia delegando sus poderes al ejecutivo. La idea de un ámbito propio del poder legislativo implica que la única posibilidad de intervención del ejecutivo en este ámbito reside en una *delegación* del poder legislativo.

Partiendo de las mismas premisas BERTHÉLEMY llega a las conclusiones contrarias¹⁵⁴. Para este autor, si una ley remite al Presidente de la República la adopción de medidas de orden legislativo mediante un reglamento de administración pública, dicho reglamento sería inconstitucional. En consecuencia, "il ne paraît plus possible de soutenir que les règlements d'administration publique sont une législation secondaire, qu'ils peuvent notamment édicter des peines, ou établir des taxes, ou créer des juridictions"¹⁵⁵,

¹⁵² En este sentido se pronuncia CARRÉ, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pág. 538.

¹⁵³ RÉDOR, *De l'État légal à l'État de Droit...* *op. cit.* pág. 153.

¹⁵⁴ BERTHÉLEMY, H.; "Le pouvoir réglementaire du Président de la République", *Revue Politique et parlementaire*, vol. XV, 1898, pág. 8.

¹⁵⁵ BERTHÉLEMY, H.; "Le pouvoir réglementaire...", *op. cit.*, pág. 324.

porque estas materias están reservadas constitucionalmente a la ley y el poder legislativo no puede delegar en el poder reglamentario la facultad de regularlas. Así, los actos reglamentarios de ejecución de leyes poseen el mismo campo de intervención con independencia de si se han dictado o no en virtud de un reenvío legislativo. Ello es consecuencia de la existencia de materias reservadas a la ley y de la prohibición constitucional, para un órgano, de delegar un poder que le ha sido atribuido. Para reafirmar su razonamiento, BERTHÉLEMY trata de demostrar que las leyes nunca han conferido al Gobierno la facultad de establecer penas o impuestos, esto es, medidas que entran exclusivamente en el ámbito del legislador¹⁵⁶. Todo el análisis de BERTHÉLEMY se fundamenta en que los *RAP* no pueden disponer más de lo que puede hacer un reglamento ordinario¹⁵⁷ y en la existencia de una reserva de ley, al menos en las tres materias a las que hace alusión: establecimiento de penas, imposición de tributos y creación de jurisdicciones. Y ello, porque el legislativo no tiene la propiedad de la potestad legislativa sino que sólo posee el ejercicio por lo que no puede disponer de ella¹⁵⁸.

Para MOREAU, sin embargo, en ausencia de un reparto constitucional de materias entre el reglamento y la ley, es a ésta última a quien corresponde realizarlo mediante la técnica de la *delegación*¹⁵⁹. En este marco, es la propia inexistencia de una reserva de ley lo que justifica la calificación de las habilitaciones como delegaciones legislativas. Como el derecho constitucional de la época no determina el ámbito de la ley pueden establecerse libremente habilitaciones legislativas, ampliando el espacio a favor del ejecutivo. Pero una

¹⁵⁶ BERTHÉLEMY, H.; "Le pouvoir réglementaire...", *op. cit.*, pág. 323. Este análisis del derecho positivo tiene, como señala TREMEAU, una virtud legitimadora, pues permite paliar la inexistencia de un control de constitucionalidad de las leyes que implicaría la sanción de prohibición de delegación, *vid. La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 233.

¹⁵⁷ BERTHÉLEMY, H.; "Le pouvoir réglementaire...", *op. cit.*, pág. 322.

¹⁵⁸ Vid. CARRÉ, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, pág. 540, para quien la potestad legislativa es una competencia constitucional.

¹⁵⁹ *Le règlement administratif*, pág. 159, citado por CARRÉ, *Teoría General...*, *op. cit.*, pág. 539.

vez promulgado un reglamento de administración pública, y a diferencia de los reglamentos ordinarios, aquél sólo podrá ser modificado por ley formal o mediante nueva delegación legislativa.

De todo ello puede constatarse que la idea de reserva de ley subyace en la interpretación de las habilitaciones legislativas. La propia dialéctica sobre la noción de delegación legislativa está condicionada por la previa respuesta al interrogante sobre esta institución. Como señala RÉDOR, dos tendencias contradictorias explican la ausencia de una posición clara en la doctrina sobre la existencia de un ámbito legislativo *por naturaleza*: por una parte, la tradición parece reservar a la ley la creación de las penas, de los impuestos o de las nuevas jurisdicciones; por otro lado, el derecho positivo tiende a ampliar la potestad reglamentaria. En este sentido, CARRÉ DE MALBERG realiza, justamente un análisis jurídico formal de la Constitución de 1875 para sintetizar el sistema de relaciones entre la ley y el reglamento.

2.2. LA DOCTRINA DE CARRÉ DE MALBERG.

2.2.1. La inexistencia de una reserva de ley en la III República francesa como consecuencia de la ausencia de una justicia constitucional.

Las ideas del gran jurista alsaciano respecto a las relaciones entre la ley y el reglamento se recogen en sus dos grandes obras: *La loi, expression de la volonté générale*¹⁶⁰ y *Teoría General del Estado*¹⁶¹. Y en ellas también se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de identificar, en el seno del derecho francés, una reserva de ley¹⁶².

¹⁶⁰ Coll. Classiques, Economica, Paris, 1931.

¹⁶¹ Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de cultura económica, México, 1998.

¹⁶² CARRÉ DE MALBERG realizó una de las mas rotundas críticas a la teoría dualista y material de funciones desde la base del derecho positivo francés: en Francia, sólo era posible un concepto de ley, el formal, y no había lugar para construir ninguna función material. El intento

La institución de la reserva de ley aparece claramente en sus argumentos, singularizando la dimensión constitucional de la misma. Así, CARRÉ señala que el mecanismo de reserva "*aurait restreint les droits du Parlement, en tant qu'il aurait exclu pour celui-ci toute possibilité de conférer à l'Exécutif des habilitations réglementaires portant sur une matière réservée*"¹⁶³. Y ello, porque de la existencia de una reserva de ley se derivaría la prohibición constitucional, para el legislador, de renunciar al ejercicio de su propia competencia y supondría, en este sentido, un límite al propio poder legislativo. Ciertamente, este autor integra en su exposición argumentativa una concepción actual de la reserva de ley actuando como límite no sólo frente al ejecutivo sino también frente al legislativo¹⁶⁴.

Además, de esta definición deriva CARRÉ una consecuencia inmediata. La obligación que impone la reserva respecto a la ley implica la previsión de un mecanismo de sanción para poder invalidar las leyes que autorizan la intervención reglamentaria en las materias reservadas. Y un vicio de este tipo no puede, sin embargo, ser sancionado por la vía de un simple control de legalidad de los reglamentos adoptados en virtud de la habilitación legislativa. Si se invoca una invasión reglamentaria en el ámbito *reservado* a la ley "*la partie qui attaque ne s'en prendrait plus seulement au règlement fait par l'Exécutif: ce qui serait attaqué cette fois, ce serait, en réalité, la loi d'habilitation elle-même*"¹⁶⁵. Y, como se sabe, en el sistema de derecho público francés el juez ordinario no puede apreciar la validez constitucional de las leyes que

de introducción en Francia, de las concepciones dualistas y de materias reservadas tenía como base un intento de ampliar el poder gubernamental del Presidente de la República, y se realizó de la mano de autores como DUGUIT, JEZE o HAURIOU.

¹⁶³ CARRÉ DE MALBERG, R.; *La loi, ...*, pág. 87.

¹⁶⁴ Sin embargo, no debemos olvidar que CARRÉ rechaza el modelo de justicia constitucional fundamentando su rechazo en la consideración de la ley como expresión de la voluntad soberana de la nación, *vid.* CARRÉ DE MALBERG, R.; *Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 217 y sg. y 1274 y sg. Igualmente *vid.* *La loi, ...* pág. 124-126.

¹⁶⁵ CARRÉ DE MALBERG, R.; *La loi, ...*, pág. 92.

habilitan al reglamento aumentando, de ese modo, la esfera natural y propia del reglamento. De ello deduce CARRÉ, siguiendo este razonamiento que la existencia de una reserva de ley es consubstancial a la existencia de una jurisdicción constitucional¹⁶⁶.

De este modo describe el estrecho vínculo existente entre la justicia constitucional y la posibilidad de instaurar una reserva de ley, en una acepción contemporánea, es decir, vinculando también al legislativo. Prueba de ello son los dos ejemplos que cita, de Austria y Checoslovaquia, que incorporan una jurisdicción constitucional: "*Dans ces États, la Constitution a efficacement limité la puissance législative du Parlement (...) On conçoit, dès lors, que des Constitutions de cette sorte puissent subordonner à des conditions restrictives la faculté qu'a le Parlement de donner son habilitation à des ordonnances réglementaires*"¹⁶⁷. De esta cita creemos que puede deducirse que CARRÉ DE MALBERG no pone en duda la viabilidad jurídica de la reserva de ley, pero el estudio positivo y la lógica que utiliza le llevan a concluir que dicha institución no es trasladable a todos los ordenamientos jurídicos, concretamente, a aquellos que no presentan todas las características propias para su efectividad.

Respecto al análisis que realiza del ordenamiento francés surgido de la Constitución de la III República, en un primer momento, el autor constata la imposibilidad de encontrar en los textos constitucionales de 1875, no sólo una lista que indique lo que sea respectivamente reglamentario o legislativo, sino tampoco un principio que permita fijar, *ratione materiae*, lo que pertenece a la

¹⁶⁶ "*Une constitution qui n'organise pas de contrôle sur la régularité du contenu des lois, s'enlève à elle-même la possibilité de soumettre les facultés d'habilitation dont disposera la législature vis-à-vis de l'Exécutif à des restrictions matérielles, qui seraient condamnées par avance à demeurer dénuées de sanction*", en *La loi, ...*, op. cit., pág. 92.

¹⁶⁷ *La loi, ...*, op. cit., pág. 92.

ley con exclusión del reglamento¹⁶⁸. Por ello, no puede identificar en la Constitución una reserva de ley. Ciertamente, encuentra algunas remisiones que realizan los textos constitucionales a la ley, pero "*ces textes sont si peu nombreux qu'on ne saurait songer à les regarder comme fournissant une énumération complète ou limitative des objets relevant de la législation*"¹⁶⁹.

Además, bajo la III República no existe ni puede existir un control de constitucionalidad de las leyes, al no existir tampoco, una auténtica separación entre el poder legislativo y el poder constituyente. El carácter flexible de la Constitución justifica que las leyes se beneficien de una inmunidad jurisdiccional¹⁷⁰. Consecuentemente, la justicia constitucional deviene una condición *sine qua non* de la reserva, y una institución de ese tipo no podía percibirse en aquél régimen.

El silencio prácticamente absoluto de la Constitución respecto a la delimitación del dominio de la ley y del reglamento conduce a transferir al Parlamento la responsabilidad de fijar el campo respectivo de los dos tipos de actos normativos pues no hay un criterio material que permita inferir qué materias deben ser reguladas por ley y cuáles por reglamento. El órgano legislativo se convierte en regulador de su propio ámbito normativo y en el del poder reglamentario, definiendo, con ocasión de la regulación de cada materia, el reparto de las funciones normativas. Y es la ausencia de una reserva de ley lo que implica que no haya sectores cerrados a la intervención reglamentaria,

¹⁶⁸ Esta ausencia de reservas materiales aseguradas por la propia Constitución es una constante en sus dos obras, vid. *La loi, op. cit.*, pág. 89 y 95 y *Teoría General del Estado, op. cit.* pág. 309-310, 330-339, 528 y 546. En la pág. 338 de su *Teoría* puede leerse lo siguiente: "Ni en las leyes constitucionales de 1875, ni en las Constituciones anteriores, se encuentra ninguna relación detallada, ni mucho menos ninguna definición de principio, que permita clasificar por divisiones las materias que originen reglamentación, en materias legislativas y materias administrativas".

¹⁶⁹ *La loi,...*, pág. 86.

¹⁷⁰ Vide. el capítulo 3 de *La loi.., op. cit.*, especialmente, pág. 127 y 128. En su *Teoría* CARRÉ señala "En Francia no existe este control, demostrándose con ello precisamente que Francia, en este aspecto, no tiene una Constitución rígida", pág. 556.

pues la ley puede, válidamente, autorizar al reglamento para crear impuestos o penas. En efecto, "*dans l'état actuel des textes constitutionnels, ces matières ne se trouvent point réservées par la Constitution au pouvoir législatif*"¹⁷¹.

La posibilidad discrecional de definir, por vía legislativa, la amplitud del poder reglamentario, es la que determina que el denominado *reglamento de administración pública* aparezca como una técnica de delimitación de potestades normativas. Ciertamente CARRÉ DE MALBERG reconoce que procediendo a esta delimitación el legislador se sitúa como poder constituyente¹⁷², pero considera que este reproche debe dirigirse a la Constitución de 1875 que ha despreciado la ocasión para instituir una verdadera reserva de ley y no cuestionar las virtudes descriptivas de su teoría. Es decir, el Parlamento puede definir la extensión del ámbito normativo del reglamento porque la Constitución no determina las materias expresamente reservadas a la ley por oposición al reglamento¹⁷³.

2.2.2. El reglamento como norma secundaria y necesariamente *secundum legem*

Sin embargo, queda por explicar porqué, en ausencia de ley, el jurista alsaciano considera que los reglamentos sólo pueden intervenir *secundum legem*¹⁷⁴. Para este autor, es necesario referirse a la posición institucional que ocupan los órganos encargados de dictar la ley y el reglamento. El acto legislativo se vota, en un régimen democrático, por las asambleas representativas. De ello se sigue que la ley, *expression de la volonté générale*, participa de la soberanía nacional. Así, "*la volonté générale édicte du droit*

¹⁷¹ *La loi,...*, *op. cit.*, pág. 95. *Vid. también Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 530 y sg.

¹⁷² *La loi... op. cit.*, pág. 100

¹⁷³ *Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 545-547.

*primaire, du droit ayant le même caractère initial qu'elle*¹⁷⁵. Por el contrario, el Presidente de la República, autoridad no directamente representativa, se ve confiado por la Constitución, a la única misión normativa de ejecutar las leyes¹⁷⁶. En consecuencia, "*le règlement engendre du droit secondaire et dérivé*"¹⁷⁷.

Esta concepción de la ley como norma discrecional y del reglamento como norma subordinada explica la visión francesa del principio de legalidad en tanto que exigencia de conformidad y no sólo de compatibilidad¹⁷⁸. El imperativo del reglamento únicamente *secundum legem* tiene un alcance general y no puede sufrir excepciones: el reglamento autónomo no puede existir, pues esta categoría tiende a asegurar a los actos del ejecutivo los mismos caracteres de inicialidad y de discrecionalidad de la ley.¹⁷⁹ La diferente *puissance* entre legislativo y ejecutivo induce a esta preponderancia del principio de legalidad, característico del Estado legal.

Para CARRÉ el sistema de fuentes ideado en 1875 responde a la tradición monista francesa¹⁸⁰. El poder reglamentario del Presidente de la República se limita solamente a aquello que la ley le permite y su actuación está

¹⁷⁴ *Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 580.

¹⁷⁵ *La loi...*, *op. cit.* pág. 77.

¹⁷⁶ Art. 3 CF 1875.

¹⁷⁷ *La loi...*, *op. cit.* pág. 77.

¹⁷⁸ Para seguir la distinción de EISENMANN, CH.; "Le droit administratif et le principe de légalité", en *EDCE*, núm. 11, 1957, Pág. 59.

¹⁷⁹ Desde esta lógica CARRÉ critica el poder autónomo de policía y el reconocido en materia de organización y de funcionamiento de los servicios públicos. Vid. *Teoría General del Estado*, pág. 594 y 599.

¹⁸⁰ Para CARRÉ la concepción de la ley que impone la Constitución de 1875 supone que la misma sólo pueda ser dictada por las Cámaras legislativas, de lo cual se deriva que para él no existen leyes formales y materiales. La ley se caracteriza por sus efectos superiores derivados de ser la expresión de la voluntad general. Consecuentemente, el poder legislativo (como poder inicial e incondicionado) no puede ser delegado: el Parlamento no puede transmitir al ejecutivo esa cualidad de representante de la voluntad general. Por eso, el reglamento no es

estrictamente vinculada a los mandatos del legislador. Así, en 1875, existe una primacía absoluta del principio jurídico-formal de jerarquía entre la ley y el reglamento.

Una vez establecida la obligación de una *interpositio legis* se mantiene abierta, sin embargo, la cuestión de la necesidad de una habilitación legislativa. O en otros términos, ¿puede conceptualizarse un poder reglamentario espontáneo *secundum legem*?

El punto de partida reside en el art. 3 de la ley constitucional de 1875 que atribuye al Presidente de la República la ejecución de las leyes. Para el maestro de Estrasburgo la noción de ejecución se descompone en dos modalidades distintas. Puede tratarse de la simple puesta en práctica de las disposiciones legislativas con el fin de que puedan ser aplicadas, y estaríamos en presencia de reglamentos complementarios adoptados para la aplicación de la ley, que no aportan ninguna innovación con relación a las prescripciones legislativas. Estos reglamentos corresponden al Presidente de la República en el marco de la potestad ejecutiva y en consecuencia puede adoptarlos espontáneamente¹⁸¹.

Pero puede tratarse también de añadir o dictar reglas sobre materias aún no legisladas, en cuyo caso es necesario -y suficiente- con que una ley habilite al reglamento a intervenir. Este reglamento será también dictado en ejecución de una ley, pero como el contenido material del reglamento no concierne a la simple ejecución de la ley, será necesaria una autorización legislativa.

Sin embargo, CARRÉ pone en duda la posibilidad de dividir el poder reglamentario en función de su procedencia constitucional o legislativa. Para él

fruto de una delegación sino de una habilitación: su ámbito depende de la ley de habilitación y su fuerza es la propia de la de un acto administrativo.

¹⁸¹ *Teoría General del Estado*, pág. 576.

sólo existe una potestad reglamentaria única¹⁸². Los dos tipos de reglamentos descritos anteriormente tienen su origen en la Constitución, y en concreto, en el art. 3¹⁸³. En el derecho positivo francés no era posible una distinción material que posibilitara reglamentos independientes puesto que dicho precepto lo prohibía¹⁸⁴. La fuente del poder reglamentario es siempre la Constitución, incluso si es la ley la que modifica la extensión de la potestad reglamentaria. En este último caso, la ley se limita a poner en movimiento las facultades reglamentarias que la propia Constitución atribuyó al Presidente¹⁸⁵.

2.2.3. El reglamento como acto ejecutivo fruto de una habilitación. El rechazo a la teoría de la delegación legislativa

Si el poder reglamentario, en su globalidad, encuentra su base en la Constitución, ello implica que las habilitaciones legislativas no puedan considerarse una *delegación*. Las habilitaciones no confieren al ejecutivo una facultad nueva, pues todos los reglamentos tienen un fundamento constitucional, sino que sólo atribuyen a la potestad reglamentaria del ejecutivo un objeto nuevo, integrando en su esfera de competencia, un concreto sector normativo. La ley se presenta, así, como la condición indispensable para la intervención reglamentaria, pero sólo en la medida en que ella delimita el campo de intervención del reglamento y no como atribución de una potestad. Esta es la consecuencia directa de la concepción del reglamento como acto

¹⁸² *Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 580.

¹⁸³ Precepto que es invocado por CARRÉ hasta la saciedad.

¹⁸⁴ Para CARRÉ el marco constitucional establecido por las leyes de 1875 asigna al poder reglamentario únicamente la misión de ejecutar las leyes a través de dos posibilidades: en primer lugar, el ejecutivo puede dictar espontáneamente las medidas tendentes a asegurar la ejecución material de la ley. Se trata, así, de la simple aplicación de los preceptos legislativos, y son propiamente reglamentos de ejecución de la ley. Pero, además, el ejecutivo puede añadir y complementar la regulación establecida en las disposiciones legislativas desde el momento en que la ley le confiere esta posibilidad, y son reglamentos dictados en ejecución de la ley. Tanto uno como otro configuran al reglamento como esencialmente ejecutivo y por ello, presuponen siempre una ley. *Vid. Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 581.

ejecutivo procedente de un poder subordinado a la ley y no de la asignación, por la Constitución, de un ámbito reservado a la ley, de lo que deriva la posibilidad de extensión indefinida del campo reglamentario. En este sentido, la ley constituye únicamente una *habilitation* generada a favor y para el uso de un poder preexistente. De este modo rechaza CARRÉ la teoría de la delegación legislativa¹⁸⁶. El poder legislativo no puede ser delegado porque se transmitiría al ejecutivo la cualidad de representante de la voluntad general y esa cualidad es la que otorga a la ley su especial fuerza. Por ello, si el Parlamento mediante la técnica de la habilitación no imprime su fuerza a los actos dictados a su amparo, sino que sólo le permite que el reglamento así dictado regule materias *a priori* legislativas, no está delegando su potestad, sino habilitando o autorizando al reglamento a intervenir.

Según CARRÉ, el abandono de la teoría de la delegación legislativa debería haber sido total¹⁸⁷. El error de concepción proviene de la idea, combatida como se sabe por este autor, de que existen unas materias reservadas a la ley que no pueden ser reguladas por vía reglamentaria más que mediante una delegación de materias. La habilitación o autorización legislativa debe ser analizada como una definición de la potestad normativa del reglamento realizada por la ley, aspecto que permite la Constitución en razón del silencio que guarda respecto al reparto de funciones entre la ley y el reglamento. Se trata de una simple habilitación que sólo determina el objeto material y acciona el juego formal de las facultades ejecutivas del Presidente y del Gobierno. Y estas facultades las ostentan desde antes de la habilitación, desde la propia

¹⁸⁵ *Teoría General del Estado*, pág. 591.

¹⁸⁶ La prohibición de controlar la constitucionalidad de las leyes es la que justifica, para alguna doctrina, el recurso a la teoría de la delegación legislativa para permitir validar las llamadas al reglamento en las materias legislativas. TREMEAU señala que en la actualidad el *Conseil d'État* insiste en calificar como delegaciones legislativas las disposiciones de las leyes que autorizan la intervención del reglamento en las materias reservadas a la ley en virtud del art. 34 CF. Vid. TREMAU, J.; *La réserve de loi*, pág. 239.

¹⁸⁷ *La loi...*, *op. cit.*, pág. 98.

Constitución¹⁸⁸. En el seno de este mecanismo, la ley sólo tiene por efecto permitir la realización de la condición prevista por la Constitución para el ejercicio de un poder que existe fuera de ella. Por eso, el análisis de CARRÉ rechaza la utilización del término delegación.

Del análisis realizado creemos que puede concluirse que CARRÉ fundamenta su teoría en la reserva de ley, o mejor dicho, en su ausencia en el marco de la Constitución de la III República¹⁸⁹. Dicha Constitución no impide la posibilidad de realizar habilitaciones legislativas al Presidente de la República, referidas al establecimiento de penas o impuestos porque estas materias no se encuentran reservadas por la Constitución al legislador¹⁹⁰. Son materias legislativas en virtud de las leyes pero no en virtud de la Constitución¹⁹¹.

3. LAS MATERIAS REGLAMENTARIAS POR NATURALEZA Y LA GÉNESIS DE UNA RESERVA DE LEY BAJO LA IV REPÚBLICA FRANCESA

3.1. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO HISTÓRICO.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pág. 98.

¹⁸⁹ Quizás este hecho es, en la actualidad, en ocasiones olvidado, pues la consagración de una reserva de ley por la norma constitucional puede provocar que no sean transportables a este sistema las conclusiones de este autor.

¹⁹⁰ CARRÉ DE MALBERG, R.; *Teoría General del Estado*, Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de cultura económica, México, 1998, pág. 571-572.

¹⁹¹ El legislador no pierde su potestad, por eso siempre puede derogar sus propias leyes y, por eso también, puede habilitarse a los *RAP* para establecer una pena o un impuesto; es decir, puede habilitarse al Presidente de la República a dictar un reglamento para que introduzca por decreto modificaciones a la legislación existente, para modificar el derecho legal aplicable. Y ello, a pesar de que para CARRÉ los *RAP* son reglamentos: en primer lugar, porque emanan de una autoridad administrativa; y en segundo lugar, porque propiamente es un acto de aplicación y ejecución de la ley, y por eso no es posible diferenciar entre actos del Presidente dictados espontáneamente y actos dictados en virtud de una ley. Ambos casos son fruto del ejercicio de la función ejecutiva. *Vid. Teoría General del Estado, op. cit.*, pág. 571 y sg.

La práctica seguida durante la III República conduce a conceder al ejecutivo mediante las denominadas *leyes de plenos poderes*, una potestad normativa cada vez más amplia para dictar normas con fuerza de ley, especialmente en el período de entreguerras, como consecuencia de la necesidad que tienen los Estados modernos surgidos de la primera guerra mundial de hacer frente lo más rápidamente posible a los nuevos y numerosos problemas que aparecen¹⁹². Esta tendencia culmina con la delegación de la propia potestad constituyente por parte de la Asamblea Nacional a favor del Mariscal Petain mediante la ley de 19 de julio de 1940¹⁹³.

Como reacción a estos acontecimientos, que son consecuencia del progresivo vaciamiento de competencias legislativas del Parlamento en beneficio del Gobierno, la Constitución de 1946 prohíbe las leyes de plenos poderes¹⁹⁴.

Sin embargo, el proceso iniciado durante la vigencia de la III República se manifestaría irreversible, y después de finalizar la II Guerra mundial se acentuaría el carácter intervencionista del Estado y con ello la profusión de normas que no podían ser elaboradas en exclusiva por el Parlamento. Para salvar el inconveniente constitucional y permitir nuevamente el acceso del ejecutivo a una competencia normativa originaria, el Parlamento de la IV República decide, a través de la Ley de 17 de agosto de 1948 declarar una

¹⁹² Así WALINE, M.; "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *op. cit.*, pág. 702; L'HULLIER, J.; "La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1959, Chronique XXV, pág. 173-178.

¹⁹³ El artículo único de la Ley decía: "La Asamblea Nacional da todos los poderes al Gobierno de la República, bajo la autoridad y la firma del mariscal Petain, al efecto de promulgar mediante uno o varios actos una nueva Constitución del Estado francés", *Vide PÉREZ ROYO, J.*; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pág. 99.

¹⁹⁴ El art. 13 CF 1946 decía: "*L'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit*". Esta previsión tenía como finalidad, según el *Conseil d'État*, poner fin a la práctica realizada bajo la III República, de decretos dictados en virtud de leyes que otorgaban plenos poderes al ejecutivo.

serie de materias *reglamentarias por naturaleza*¹⁹⁵, que posibilitaban que fueran reguladas directamente por el Gobierno sin necesidad de una habilitación previa. Esta técnica se planteaba como una deslegalización de las materias: las leyes que las regulaban pasaban a tener rango reglamentario y podían ser modificadas y derogadas por los nuevos reglamentos. Pero era una deslegalización temporal no indefinida que finalizaba una vez el Gobierno había hecho uso mediante el correspondiente reglamento¹⁹⁶.

Estas materias *reglamentarias por naturaleza* podían ser reguladas por el reglamento hasta que el legislador interviniera con posterioridad en alguna de ellas excluyendo de nuevo la competencia del poder reglamentario. Es decir, una misma materia podía ser legislativa antes de 1948, reglamentaria después y volver, más tarde, a ser legislativa¹⁹⁷. Esta situación comporta que en realidad

¹⁹⁵ Vide WALINE, M.; "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *op. cit.*, pág. 703-704; PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", *op. cit.*, pág. 104. El recurso o la técnica de las *materias reglamentarias por naturaleza* es criticada por PARDO FALCÓN, J.; "La evolución de las relaciones entre la ley y el reglamento en la quinta República francesa", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1992, pág. 103-119, especialmente, pág. 108-109. El autor considera esta técnica una ficción jurídica: primero, porque en la historia constitucional francesa no se encuentran materias reglamentarias por naturaleza, con excepción quizás de la organización administrativa regulada por los reglamentos de los servicios públicos, y es que tradicionalmente, a lo largo de los diferentes períodos constitucionales, la diferenciación entre ley y reglamento se había realizado en atención al órgano y no a la materia que trataban, porque la ley puede regular cualquier tipo de materia mientras que el reglamento ha de limitarse a desarrollarlas. Por tanto, la ley no regula unas materias y el reglamento otras, sino que ambas normas regulan las mismas materias con diferente intensidad por la propia naturaleza y posición dentro del Estado de los órganos que las producen. A la vez, esta ficción jurídica está mal construida técnicamente, porque el Parlamento sigue siendo competente para volver a regular estas materias mediante leyes formales que no pueden ser modificadas ni derogadas por nuevos reglamentos, por tanto, no tienen, ni tan solo pro futuro un carácter reglamentario por naturaleza.

¹⁹⁶ WALINE considera que "*pour les lois antérieures au 17 août 1948 (fecha de la ley de deslegalización) triomphe la conception matérielle, tandis que la conception formelle ou organique subsiste pour les lois postérieures*" en "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *op. cit.*, pág. 704.

¹⁹⁷ Para WALINE esta técnica más que una deslegalización era una delegación de competencia normativa originaria a favor del ejecutivo, porque las normas que emanaran del Gobierno aunque recibieran el nombre de reglamentos tendrían la principal característica substancial de todas las leyes, la fuerza de ley, lo que le permitiría derogar o modificar leyes formales anteriores. Y es que, como señala el autor "*un acte modifiant des lois et susceptible de n'être lui-même modifié que par une loi est évidemment un acte législatif, une loi, quel que soit*

se esté realizando una delimitación material del ámbito del reglamento, lo cual comporta, como contrapartida, delimitar el ámbito de la ley, al menos, el núcleo básico de la reserva de ley no deslegalizable.

En este sentido, el *Conseil d'État*¹⁹⁸ consideró adecuada esta técnica, pero estableció una excepción: la deslegalización no podía afectar a las materias reservadas a la ley por la Constitución o por la tradición constitucional republicana resultante del Preámbulo de la Constitución de 1946 y de la Declaración de 1789, en las que la ley podía limitarse a establecer las reglas esenciales dejando al Gobierno la tarea de completarlas, ni tampoco podía afectar al ejercicio de soberanía nacional. En estas materias el legislador no podía renunciar a su ejercicio y su atribución al ejecutivo estaba vedada¹⁹⁹.

3.2. LA LEY COMO NORMA DELIMITADORA DE PODERES NORMATIVOS Y SUS LÍMITES

Es en este contexto jurídico que reaparece la cuestión de los límites al poder de delegación del legislador y con ella, la de la posible existencia de una reserva de ley. Es decir, hasta qué punto la ley podía convertirse en una simple norma de competencia –o de atribución de potestades normativas- que atribuyera al ejecutivo la regulación, incluso *contra legem*, de materias enteras, sin dictar ninguna disposición de fondo tendente a enmarcar el ejercicio de los poderes gubernamentales y sin ningún límite material.

son nom officiel", vid. WALINE, M.; "Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *op. cit.*, pág. 709.

¹⁹⁸ Avis de 6 febrero de 1953 publicado en *Revue de Droit Public*, 1953, pág. 170. Vid. PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", *op. cit.*, pág. 103.

¹⁹⁹ Ello significa que los *Reglamentos de administración pública* no podían ser utilizados en estas materias. Vid. BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 68 y nota 83. Los RAP eran denominados por algunos

Por ello, si se considera que la Constitución instituye una reserva de ley *por la tradición constitucional republicana* en ciertas materias la posibilidad de atribuir potestades normativas al ejecutivo sobre las mismas está vedada. Si por el contrario, se parte de la premisa de que los textos constitucionales no establecen ninguna reserva de ley, esta norma puede asumir directamente la función de delimitar el ámbito del reglamento, y puede, en consecuencia, remitir al ejecutivo la tarea de establecer las normas sobre la materia en cuestión.

El *Conseil d'État* en el *Avis* de 6 de febrero de 1953, en el marco de sus funciones consultivas²⁰⁰, y mediante una interpretación del art. 13 de la Constitución de 1946, consagró la existencia de una cierta reserva de ley bajo la IV República, estableciendo un principio o regla general y una excepción a la misma respecto a la posibilidad de ampliar el ámbito del poder reglamentario. La regla general que proclama reside en la posibilidad que tiene el legislador de "*déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire*", convirtiéndose, así, en el *maître* de su propia potestad normativa y correlativamente, de la del ejecutivo²⁰¹. Sin embargo, la capacidad del legislador de erigirse en el órgano encargado de distribuir los ámbitos normativos respectivos conoce unos límites: el legislador no puede disponer de ciertas materias reservadas a la ley, bien en virtud de disposiciones constitucionales bien por la tradición constitucional republicana resultante del

decretos leyes aunque nadie dudaba de que tuvieran más valor que el puramente reglamentario.

²⁰⁰ La cuestión que se le planteaba era la siguiente: "*dans quelle mesure le gouvernement, à ce expressement autorisé par la loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives, et en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires*". *Avis* de 6 febrero de 1953 publicado en *Revue de Droit Public*, 1953, pág. 170. Se trataba de materias que ya estaban legisladas.

²⁰¹ Esta doctrina del *Conseil d'État* parece recoger las tesis de CARRÉ DE MALBERG. En ausencia de una distribución constitucional entre el ámbito de la ley y el del reglamento, el legislador puede proceder él mismo a realizar dicho reparto. Ello comporta que si el legislador ha actuado su función legislativa mediante la adopción de determinadas leyes, ello no impide que no pueda, posteriormente, atribuir la potestad normativa sobre esas materias al ejecutivo para que mediante reglamento pueda modificar o derogar las disposiciones legales.

Preámbulo de la Constitución y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

3.2.1. Los límites al poder de delegación del legislador: las materias legislativas por la tradición constitucional republicana.

En efecto, de forma consecuente y coherente con la prohibición de las leyes de plenos poderes, la extensión de la potestad reglamentaria sería contraria al art. 3 CF de 1946²⁰² si, por su generalidad e imprecisión, manifestara la voluntad de la Asamblea de abandonar en el Gobierno el ejercicio de la soberanía nacional. Se trata, por tanto, de una restricción o limitación cuantitativa al poder delimitador del legislativo el cual no puede atribuir al ejecutivo un cheque en blanco confiriéndole, de forma incondicionada, un amplio ámbito normativo. Ello determina que el Parlamento no puede despojarse íntegramente de sus funciones normativas aunque pueda remitir al Gobierno la regulación de algunos sectores concretos. Si la ley se limita a dictar una habilitación amplia al reglamento éste ostentaría prácticamente, el mismo margen de discrecionalidad que la ley, con lo cual, la ley perdería su carácter de norma inicial e incondicionada. Además, el vínculo de subordinación entre estos dos tipos de actos tendería a desaparecer, puesto que la ley carecería de disposiciones propias destinadas a enmarcar el ejercicio por el ejecutivo de su poder normativo. Esta *desnaturalización* de la ley sería incompatible con la definición del art. 3 CF, esto es, el ejercicio de la soberanía nacional por los diputados²⁰³.

Más allá de este límite al poder de delegación del legislador, del *avis* del *Conseil d'État*, también se extrae otra consideración. Considera este órgano,

²⁰² Que proclama que "la *souveraineté nationale* appartient au peuple français qui l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale".

que existen ciertas materias reservadas a la ley "*soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Prémabule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule*". Cuando estos textos con valor constitucional realizan llamadas a la ley *anulan* la regla de no elección entre acto legislativo y acto reglamentario que realiza la Constitución. De este modo, se crea un lugar preferencial para la ley impuesto por las normas constitucionales²⁰⁴ y se consagra, en definitiva, una auténtica reserva de ley que comporta la interdicción para el legislador de extender a estas materias el poder normador del reglamento, aunque puede limitarse a establecer las reglas esenciales dejando al Gobierno la tarea de completarlas.

De este modo, la Constitución asignaría, en algunas materias, una potestad normativa imperativa a la ley, delimitando así un "ámbito legislativo mínimo". Sin embargo, en estas materias la intervención de la ley se resume en el establecimiento de reglas esenciales²⁰⁵. Así, las materias reservadas constituirían un límite a la libre disposición de la potestad normativa legislativa²⁰⁶. En estas materias, la delimitación respecto al poder normador la realizaría la Constitución con lo cual se impediría a la ley la modificación de la delimitación efectuada. Sin embargo, ello no comporta que la materia esté totalmente prohibida al ejercicio del poder reglamentario, sino, simplemente, que su intervención debe venir circunscrita por la ley, norma a la que corresponde definir previamente las normas o reglas esenciales que regulen la

²⁰³ Vid Avis de 6 febrero de 1953, pág. 170; y PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", *op. cit.*, pág. 103.

²⁰⁴ En este *avis* el *Conseil d'État* parece conferir valor jurídico a la Declaración de 1789 mediante la noción de "tradición constitucional republicana", con un valor además supralegislativo, en tanto que norma susceptible de imponerse a la ley.

²⁰⁵ De forma análoga a la *Wesentlichkeitstheorie* alemana.

²⁰⁶ Vid. MARCEL, J.; "La notion de matières réservées à la loi", en *Actualité juridique - Droit Administratif*, 1958-I, pág. 55.

materia y que constituirán el enmarque normativo de la misma²⁰⁷. Así, el reglamento sólo tiene por función desarrollar las normas primarias impuestas por la ley sin realizar innovaciones.

Así, el hecho de reservar a la ley una materia no significa un monopolio del acto legislativo. Como afirma MARCEL, se trata de una atribución exclusiva de *compétence* y no de *matière*, al legislador, por lo que el reglamento en este ámbito sólo puede tener una vocación ejecutiva²⁰⁸. Ello nos permite concluir que en las materias reservadas al legislador el poder reglamentario existe, lo que se impide es que la ley modifique la frontera que impone la Constitución habilitando al reglamento más allá de las atribuciones constitucionales.

De ahí que el sistema normativo de la Constitución de 1946 en este ámbito pueda ser definido de la siguiente manera: si la Constitución realiza llamadas a la ley para regular algunas materias, la delimitación entre la ley y el reglamento procede del texto constitucional; si, por contra, la Constitución no dice nada respecto a la regulación de otras materias, entonces, es la ley la que viene a definir el campo del poder reglamentario, convirtiéndose de ese modo en una *norma de competencia*, supuesto este último, que fue el más frecuentemente utilizado durante la vigencia de la IV República²⁰⁹. De todo ello se desprende que el *Conseil d'État*, más que proceder a enumerar las materias reservadas a la ley, o realizar un análisis de las mismas, se limita a definir el origen de las mismas, es decir, las *fuentes* de las reservas de ley, que son, por un lado, la Constitución en los supuestos en los que efectúa una llamada a una ley, por otro, el Preámbulo de la propia Constitución y, finalmente, la *tradición*

²⁰⁷ MARCEL, J.; "La notion de matières réservées à la loi", *op. cit.* pág. 55.

²⁰⁸ MARCEL, J.; "La notion de matières réservées à la loi", *op. cit.* pág. 58. Sin embargo, CHARPENTIER mantiene una posición contraria y considera que en las materias que la Constitución reserva a la ley "*le législateur n'a pas la liberté d'autoriser le Gouvernement à statuer par décret*", *vid.* CHARPENTIER, J.; "Les lois-cadres et la fonction gouvernementale", en *Revue de Droit Public*, 1958, pág. 247.

²⁰⁹ Al respecto *vid.* TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 242-245.

*constitucional republicana*²¹⁰, formando una especie de *bloque de constitucionalidad*.

3.2.2. La ineficacia de una reserva de ley en ausencia de una justicia constitucional.

En este apartado nos proponemos analizar la eficacia que puede tener el reconocimiento de unas materias reservadas a la ley por la tradición constitucional republicana en un sistema desprovisto de mecanismos tendentes a asegurar la primacía de la Constitución.

La situación institucional de la ley bajo la IV República parece confirmar totalmente la validez de las argumentaciones de CARRÉ DE MALBERG: la ley dispone, en principio, de su propia potestad normativa y de la del poder reglamentario; es decir, la ley es *norma de competencia*. Pero ello sólo es así en la medida en que el punto de partida coincide. En efecto, CARRÉ deduce su razonamiento de la ausencia de una delimitación constitucional entre la ley y el reglamento. En la situación inversa, el legislador no puede renunciar al ejercicio del poder legislativo que le confiere la Constitución. Sin embargo, si bien la existencia de esta obligación puede estar claramente establecida, lo que debemos analizar es la posible sanción jurídica que pueda generar su incumplimiento, especialmente en ausencia de una jurisdicción constitucional.

En principio, el establecimiento de unas materias reservadas a la ley conduce a restringir, en esas mismas materias, la capacidad de intervención del

²¹⁰ Esta última noción incluiría los 17 artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A pesar de ser un texto elaborado bajo un régimen monárquico y servir de fundamento a la Constitución de 1791, la historia constitucional permite afirmar que esta declaración constituye, en Francia, un elemento de referencia de todos los regímenes republicanos. En la Declaración de 1789, la ley ocupa un lugar central: al reconocer unos derechos fundamentales remite a la ley el cuidado de definir las modalidades de aplicación y en

reglamento, y en consecuencia, la capacidad de la ley de actuar como norma delimitadora de potestades normativas. ¿Pero, cómo se asegura esta institución y qué sanción tiene la norma que la desconozca?

En las materias reservadas a la ley –por la Constitución o por la tradición constitucional republicana- la ley debe ser conforme a la Constitución y limitar la acción del reglamento conforme a las reglas constitucionales que reservan a la ley un lugar determinado. Así, la ausencia de un verdadero control de constitucionalidad de las leyes²¹¹ provoca que se desplace la problemática: será el poder reglamentario el que será controlado y confrontado a las normas que definen la reserva de ley. Por tanto, es únicamente a nivel infralegislativo que puede buscarse, en esta época, la efectividad jurisdiccional de esta institución, y con ella el impacto de la reserva respecto al control de la legalidad de los actos reglamentarios²¹².

En este sentido, la previsión en la propia ley de disposiciones que excluyan la intervención del reglamento en las materias reservadas a la ley, puede suponer un mecanismo de refuerzo de la protección de este espacio normativo, desde el punto de vista del control de la legalidad del reglamento²¹³. Es decir, la existencia de una cláusula de salvaguarda en la ley incide en el control

particular, las restricciones que pueden establecerse. Por ello, la referencia a la DDHC permite afirmar la existencia de una reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

²¹¹ Imputable, en parte, al rechazo del *Conseil d'État* a proceder a efectuar un control de este tipo, según señala TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, op. cit. pág. 246.

²¹² Desde este punto de vista, la reserva de ley parece integrarse en el seno del llamado *bloque de legalidad*, según la expresión de Ch. EISENMANN, "Le droit administratif et le principe de légalité", en *EDCE*, 1957, núm. 11, pág. 41.

²¹³ Así, algunas leyes de habilitación de la época establecían unas cláusulas de protección del ámbito legislativo, al estilo de un artículo único. Así, algunas leyes de habilitación de la época establecían unas cláusulas de protección del ámbito legislativo, al estilo de un artículo único. Por ejemplo: "*les décrets prévus au présent article pourront modifier ou abroger les dispositions législatives en vigueur sans qu'il puisse être porté atteinte aux matières réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine dont les principes ont été réaffirmés dans le Préambule de la Constitution, ni à la protection des biens et des libertés publiques*". Vid. TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 246.

jurisdiccional de los reglamentos dictados en virtud de esa ley. Ello permite verificar que la actuación del ejecutivo se realiza dentro de los límites establecidos por el legislador y, en caso contrario, sancionar las normas gubernamentales. Sin embargo, la cláusula de salvaguarda, que enmarca la intervención del reglamento y sanciona los posibles *ultra vires*, sólo es válida en los supuestos en los que la ley no autoriza expresamente o específicamente la regulación reglamentaria de una materia reservada a la ley. Es decir, bajo la IV República, son precisamente las leyes las transgreden el principio según el cual diferentes materias están reservadas a la ley por la tradición republicana habilitando al reglamento para que pueda intervenir en dicho ámbito.

En estos supuestos, y ante una contradicción en la propia ley que establece la cláusula de salvaguarda y a su vez, habilita al reglamento a intervenir en materias reservadas a la ley, la jurisprudencia del *Conseil d'État* viene a señalar que la primera no es causa suficiente para oponerse a la intención precisa del legislador de conferir al ejecutivo poderes de reglamentación en esas materias²¹⁴. El razonamiento implícito se fundamenta en la utilización de la técnica de interpretación general: la cláusula de protección se considera disposición general con relación a la habilitación que sería disposición concreta, es decir, la *lex specialis* prevalece sobre *lex generalis*. Sin embargo, el *Conseil d'Etat* no llega a cuestionarse si esta técnica de interpretación puede ser aplicada entre dos normas situadas en dos niveles diferentes en el seno del ordenamiento. Es decir, la cláusula de protección de materias reservadas no hace más que reproducir una exigencia constitucional: la reserva de ley antes de plasmarse en la ley es, en primer lugar, instituida por la Constitución. En estas condiciones, confrontar la reserva de ley con la autorización especial conferida al poder reglamentario significa confrontar una disposición legal a la Constitución.

²¹⁴ Vid. al respecto TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 253-259.

En el control jurisdiccional de los reglamentos dictados en virtud de una habilitación legal actúa como parámetro de validez de los mismos las concretas disposiciones legislativas. Ello comporta que los reglamentos que incurran en *ultra vires* estableciendo obligaciones que sólo pueden ser impuestas por una ley o en virtud de una ley, deban ser anulados²¹⁵. Así, la reserva de ley se opone a que el ejecutivo se exceda de los límites que le ha asignado la ley y aproveche la habilitación para sustituir al Parlamento. Sin embargo, si se admite que los reglamentos de aplicación de las leyes puedan, excepcionalmente, contener disposiciones innovadoras con respecto al ámbito definido por la ley, que normalmente pertenecen al ámbito del poder legislativo, a condición de que estas innovaciones sean indispensables para la realización de las propias disposiciones de la ley, es decir, para garantizar la eficacia de las prescripciones legales. No es necesario, en estos supuestos, que la ley contenga una habilitación o autorización al ejecutivo, pues la actuación del reglamento deviene indispensable para adoptar las medidas tendentes a asegurar, en las mejores condiciones técnicas, las finalidades propuestas en la ley²¹⁶.

Así, puede concluirse que, la jurisdicción administrativa, siguiendo especialmente el *avis* de 1953, reafirma la existencia de ciertas materias reservadas a la ley en normas *supra* legislativas y, en ocasiones, reforzadas en la propia ley mediante las cláusulas de salvaguarda. De este modo, el *Conseil d'Etat* anula los reglamentos que vulneren dicha reserva pero la ausencia de un control de constitucionalidad confirma la soberanía de la ley para definir el campo de intervención del reglamento. Ante la voluntad del legislador de renunciar a sus potestades normativas a favor del poder reglamentario, la jurisdicción administrativa no puede hacer otra cosa acatar dicha voluntad. Ello

²¹⁵ WALINE, M.; "Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limites)", en *Revue de Droit Public*, 1958, pág. 512.

²¹⁶ *Vid.* WALINE, M.; "Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limites)", en *Revue de Droit Public*, 1958, pág. 507-512.

demuestra la ineficacia de la protección de la Constitución por parte del propio legislador, y la necesidad de una jurisdicción constitucional que haga respetar la delimitación constitucional de potestades normativas entre legislativo y ejecutivo²¹⁷.

4. LA EXISTENCIA DE UNA RESERVA DE LEY EN LA CONSTITUCIÓN DE LA V REPÚBLICA

4.1. LA RELATIVA RUPTURA DE LOS PRECEDENTES EN LAS RELACIONES LEY-REGLAMENTO CON LA CONSTITUCIÓN DE 1958

WALINE ha señalado que las relaciones entre la ley y el reglamento con anterioridad a la vigente Constitución se caracterizaban por las siguientes notas²¹⁸: la ley y el reglamento son normas que se diferencian por el órgano del que emanan y no por su objeto; ello determina que la ley, producto del Parlamento sea superior al reglamento, obra del Gobierno; sólo excepcionalmente el Gobierno puede dictar normas con rango de ley y, por último, el legislador tiene reservada la competencia normativa para regular determinadas materias mientras que no hay nada reservado al poder reglamentario. De esta breve caracterización se deduce que las relaciones entre la ley y el reglamento, históricamente, se han regido por un criterio estrictamente jerárquico del que se derivaba una indiscutible superioridad de la ley, obra del Parlamento.

La Constitución francesa de la V República parece romper con este sistema, al menos formalmente. A partir del texto de 1958 será el criterio competencial y

²¹⁷ Por otra parte también parece deducirse que el *Conseil d'Etat* permite que el ejecutivo pueda paliar las carencias de la ley, incluso substituyendo al legislador, sin autorización expresa, regulando materias reservadas a la ley desde el momento en que pueda ser considerada indispensable la regulación reglamentaria.

²¹⁸ WALINE, M. ; "Las rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958", *op. cit.* pág. 702.

no el jerárquico el que regule las relaciones entre ambas fuentes normativas, ya que tanto la ley como el reglamento tienen reconocidos sus propios ámbitos materiales de intervención. Al mismo tiempo, y para garantizar este nuevo sistema de reparto normativo, la Constitución de 1958 crea un órgano, el *Conseil Constitutionnel*, a quien atribuye la facultad de resolver los conflictos que puedan suscitarse entre ambos tipos de normas a través de diferentes procedimientos *ad hoc*²¹⁹.

Desde el punto de vista normativo, la principal innovación de la actual Constitución reside en el establecimiento de un mecanismo de distribución de competencias normativas fundamentado en dos pivotes: el artículo 34²²⁰, que

²¹⁹ Vide los arts. 37.2; 41, 61 de la Constitución.

²²⁰ La previsión constitucional es la siguiente Art. 34. "La loi est votée par le Parlement. La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant:

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales;
- la création de catégories d'établissements publics;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux:

- de l'organisation générale de la Défense Nationale;
- de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources;
- de l'enseignement;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmes déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique".

establece una lista de materias reservadas a la ley²²¹ y el artículo 37²²², que prevé que las restantes materias corresponden al poder reglamentario. Estos dos preceptos definen el respectivo campo de intervención de la ley y el reglamento²²³, mecanismo que ha sido calificado de “revolución jurídica” puesto que el ámbito de la ley se establece como excepcional, mientras que el reglamentario es, jurídicamente, lo común u ordinario²²⁴. Así, en los sectores reservados al reglamento el ejecutivo dispondría de un margen de discrecionalidad igual al de la ley y el reglamento perdería su carácter subordinado.

A la vista de estas prescripciones constitucionales, la ley deja de ser una categoría normativa definida, exclusivamente, en base a consideraciones formales –esto es, norma emanada del Parlamento siguiendo el procedimiento legislativo ordinario sobre cualquier materia- para pasar a ser una norma con un carácter inequívocamente material –sigue siendo elaborada por el Parlamento mediante un procedimiento legislativo pero ahora, únicamente puede regular las materias que le están reservadas de forma expresa por la Constitución²²⁵. Por otra parte, el reglamento deja de ser una norma secundaria

²²¹ PÉREZ ROYO las denomina “materias legislativas por naturaleza”, *vid.* “La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno”, en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pág. 104.

²²² Art. 37 CF: “Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire”.

²²³ Produciéndose, en este sentido, una “transformación radical de las concepciones que sobre ambas categorías de normas se habían mantenido a nivel constitucional”, *vid.* PARDO FALCÓN, J.; “La evolución de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Quinta República Francesa”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1990, pág. 111.

²²⁴ CHAPUS, R.; “De la soumission au droit des règlements autonomes”, en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XXII, pág. 119-126 y DURAND, P.; “La décadence de la loi dans la Constitution du 4 octobre 1958”, *JCP*, vol. I, 1959, pág. 1470.

²²⁵ Como señala CHAPUS el principio enunciado per CARRÉ DE MALBERG según el cual “*la matière éventuelle de la loi s'étend a l'infinie*” decae con la Constitución de 1958, en “De la soumission au droit des règlements autonomes”, en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XXII, pág. 119-126, especialmente pág. 119. Así, la ley deja de ser una norma incondicionada ya que puede controlarse su adecuación a la Constitución.

y excepcional²²⁶ para pasar a ser una normal inicial y ordinaria que puede intervenir en todas aquellas materias no reservadas a la ley sin necesidad de habilitación legislativa previa. Y ello, porque el art. 37 CF parece otorgar al reglamento una cláusula general de competencia²²⁷. Junto a estos reglamentos denominados *autónomos* el ejecutivo tiene capacidad normativa para dictar los tradicionales reglamentos en ejecución de leyes²²⁸.

De esta primera lectura constitucional parece desprenderse una inversión, con respecto a los períodos anteriores, de las relaciones existentes entre estas dos fuentes del derecho, que dejan de regirse por un criterio jerárquico para pasar a hacerlo por un criterio competencial. Es decir, la ley no tiene un rango superior al reglamento, sino que tanto la ley como el reglamento gozan, dentro de su respectivo ámbito material, de una primacía absoluta.

Existen, no obstante, una serie de similitudes entre la Constitución de 1958 y los textos constitucionales anteriores: las materias que ahora se reservan a la ley tienen un efecto equivalente a las materias reservadas al Parlamento en los períodos constitucionales anteriores, en ambos casos se prohíbe la intervención del Gobierno mediante reglamento. La reserva de ley que realiza el art. 34 CF preserva un ámbito material a la ley que sólo puede ser cubierto mediante dicha fuente normativa y, excepcionalmente, por previsión del art. 38 CF, mediante *ordonnances*²²⁹. Por otro lado, las materias que antes regulaba el

²²⁶ Desde el punto de vista de su reconocimiento constitucional, que no de la práctica, como tendremos ocasión de analizar.

²²⁷ HAMON, L.; "Las domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XL, pág. 253-260, en especial pág. 255.

²²⁸ R. CHAPUS, "De la soumission au droit ...", *op. cit.*, pág. 125.

²²⁹ Art. 38 CF: "Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitación. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du

Gobierno previa habilitación legislativa, tienen ahora su equivalente en la actual *competencia reglamentaria autónoma* que el art. 37.2 CF atribuye al Gobierno sobre aquellas materias no reservadas a la ley. La diferencia radica en que la habilitación o delegación ya no la hace el Parlamento sino directamente la Constitución, quedando fuera de duda el carácter legislativo o no de los actos dictados por el Gobierno en uso de esa habilitación: ahora son, inequívocamente normas reglamentarias²³⁰.

La gran novedad y aportación de la actual Constitución reside, por un lado, en conferir valor constitucional a la delimitación realizada; y por otro, en el establecimiento de unos procedimientos -arts. 37.2, 41 y 61.2CF²³¹- capaces de asegurar esa delimitación ante el *Conseil Constitutionnel*.

présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif."

Este artículo permite que el Parlamento autorice al Gobierno para la regulación de materias reservadas a la ley sin excepción. Se requiere, por tanto, una solicitud de autorización del Gobierno, una habilitación del Parlamento y la posterior ratificación por el Parlamento de las *ordonnances* aprobadas por el Gobierno. Sin embargo, alguna doctrina, en la interpretación de este precepto califica las *ordonnances* como actos reglamentarios mientras no sean ratificados por el Parlamento.

²³⁰ Ello ha sido calificado como una deslegalización: son materias reglamentarias por previsión constitucional. Además, el Gobierno sigue conservando su tradicional poder reglamentario de ejecución, aunque de naturaleza muy diferente al anterior. Art. 21 CF. "Le Premier Ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense Nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires".

²³¹ Art. 37.2 CF: "Les textes de forme législative intervenus en ces matières -las reglamentarias- peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendrait après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent". Este precepto permite al Gobierno solicitar al *Conseil Constitutionnel* que constate la naturaleza reglamentaria de todo texto "*de forme législative*" que haya entrado en vigor bajo la V República, con el fin de proceder a la modificación por decreto del texto así deslegalizado. Sobre esta técnica, *vid*, FAVOREU, L.; "La délegalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel", en *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, pág. 429-450.

El art. 41 CF permite al Gobierno oponerse a la tramitación de toda proposición o enmienda que verse sobre materia reglamentaria. Art. 41 CF: "S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours".

El mecanismo de separación entre la ley y el reglamento, *a priori* rígido, reside, aparentemente, en la introducción del principio de competencia en la regulación de las relaciones entre estos dos tipos de actos. Este principio permite considerar no aplicable el principio de jerarquía, puesto que en aquellos ámbitos que la Constitución reserva al reglamento, la superioridad jerárquica de la ley no parece que pueda imponerse a las normas reglamentarias ya que el legislador intervendría en un ámbito que no le es propio, en un ámbito sobre el cual no puede ejercer su potestad normativa.

La integración del principio de competencia en el seno de la Constitución cuestiona la concepción tradicional de la ley consagrada por el derecho público francés después de la revolución. En la teoría de CARRÉ DE MALBERG, fundamentada en el principio de jerarquía, la ley era sobre todo la expresión de un poder inicial e incondicionado frente al reglamento, que era considerado una norma necesariamente derivada y jerárquicamente sometida. La distinción entre ambas categorías de actos residía en una diferencia de valor jurídico consecuencia de la subordinación orgánica del ejecutivo al legislativo, expresión de la *volonté générale*. En razón de esta desigualdad, la Constitución de 1875 realizaba un reparto no de materias sino de *puissances* de naturaleza diferente²³². Si comparamos esta situación con la que parece desprenderse del texto constitucional actual podemos decir que el derecho constitucional francés se ha modificado por la introducción del principio de competencia a favor del ejecutivo.

Finalmente, el art. 61 CF establece un control preventivo contra leyes para asegurar la constitucionalidad de las mismas: "Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs".

²³² Vid. *La loi, expression de la volonté générale*, Coll. Classiques, Economica, Paris, 1984 (reimp. edición de 1931), pág. 79.

Esta profunda modificación de la tradición constitucional francesa suscitó muchos interrogantes en el seno de la doctrina y uno de ellos era la virtualidad del artículo 34, que enumera una serie de materias, aparentemente de forma limitativa, pero que, además, establecía que una ley orgánica podía completar la lista de materias reservadas a la ley, transformando así, la competencia ilimitada del Parlamento, antes de 1958, en una competencia de atribución²³³. Es precisamente, esta limitación del poder legislativo, en tanto que restricción en su ámbito de intervención, el aspecto más cuestionado e incluso criticado. De hecho, los estudios realizados sobre el ámbito del poder legislativo, han relativizado las creencias iniciales, demostrando que la Constitución francesa no había disminuido el papel de la ley, especialmente, respecto a las definiciones de las normas fundamentales de la vida social, mientras que el poder reglamentario quedaba limitado a una función de ejecución de las normas legislativas²³⁴. Por ello, se ha dicho que la revolución era posible "mais n'a pas eu lieu"²³⁵.

²³³ En este sentido *vid.* DURAND, P.; "La décadence de la loi dans la Constitution du 4 octobre 1958", *JCP*, vol. I, 1959, pág. 1470; L'HUILLIER, J.; "La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1959, Chronique XXV, pág. 121; CHAPUS, R.; "De la soumission au droit des règlements autonomes", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XXII, pág. 119.

²³⁴ *Vide.* entre otros, FAVOREU, L.; "La delegalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel", en *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, pág. 405; FAVOREU, L.; "Les règlements autonomes n'existent pas", en *Revue française de droit administratif*, 1987, pág. 871; BÉCANE, J.-C. y COUDERC, M.; *La loi*, Dalloz, Paris, 1994, *passim.*, HAMON, L.; "Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XL, pág. 253-260; PEZANT, J.-L.; "Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958", en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pág. 455-480; SACCONI, G.; "La répartition de compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 al.1 dans le cadre des saisines parlementaires", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1985, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pág. 169-182 y B. PACTET: "La loi, permanence et changements", en *Mélanges R. Chapus, op. cit.*, pág. 503.

²³⁵ En la Ponencia de síntesis recogida en la obra colectiva *Le domaine de la loi et du règlement*, (dir. L. Favoreu), Coll. droit public positif, Economica, PUAM, 2 ed. 1981, pág. 263.

4.2. LA CONFIGURACIÓN DE LA LEY A PARTIR DEL ART. 34 CF.

De las prescripciones constitucionales parece deducirse una definición de la ley que si bien es fundamentalmente orgánica y formal adquiere una componente material: la ley es el acto del Parlamento que interviene en una serie de materias²³⁶. Ciertamente, el primer aspecto que el art. 34 CF destaca de esta definición hace referencia a su modo de elaboración: "*La loi est votée par le Parlement*". Y este es el aspecto que permite diferenciar la ley de los reglamentos de ejecución que versan sobre el mismo ámbito horizontal (materias tratadas) de competencia. La diferencia entre ambos tipos de normas radica en las especialidades formales y procedimentales de elaboración.

Por ello, como señaló CHAPUS, en cuanto a la definición de la ley, la Constitución de 1958 no ha hecho más que enriquecerla: "*La loi se définit toujours comme l'acte voté par le Parlement, conformément à la procédure législative, et dont la valeur résulte de ce qu'est le Parlement (...) Sans doute, le Parlement ne peut plus exprimer (la volonté générale) en toute matière, et sans doute aussi, les barrières entre lesquelles il est enfermé sont en contradiction avec le fait qu'il est l'organe d'expression de la volonté générale. Celle ci (...) devrait avoir non seulement une puissance supérieure à toute norme autre que constitutionnelle, mais aussi la possibilité de s'exprimer partout. De ce que cette possibilité n'existe plus, il ne résulte pas que la Loi ne soit plus ce qu'elle était; **ce que peut faire** le législateur a changé: in ne peut plus voter de lois que dans un domaine déterminé; mais **ce que fait** le législateur n'a pas changé et se définit comme par le passé: il exprime la volonté générale, et de sa qualité*

²³⁶ Este componente material es calificado por BÉCHILLON como *domaniale*, en BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Paris, 1996, pág. 59.

*d'organe d'expression de la volonté générale résulte le rang de la Loi dans la hiérarchie des actes juridiques*²³⁷.

Es decir, que las condiciones de ejercicio de la función legislativa han cambiado con la Constitución de 1958, pero no lo ha hecho la percepción de la ley, que sigue siendo considerada como la norma soberana y fundamental²³⁸. Y, ciertamente, en esta labor de reconstrucción del papel de la ley ha jugado un papel decisivo la jurisprudencia constitucional.

Frente al desprecio que había provocado, en un primer momento, la intervención del *Conseil Constitutionnel*, considerado como un instrumento al servicio del Gobierno²³⁹ para arrinconar al legislador en los estrictos límites establecidos por el constituyente restringiendo el ámbito de actuación de la ley a las materias taxativamente enumeradas en el art. 34 CF²⁴⁰, en la actualidad es considerado un verdadero juez defensor de la Constitución, de la minoría política y de los mismos ciudadanos, lo cual permite hablar de la existencia de una justicia constitucional en Francia²⁴¹. El *Conseil Constitutionnel*, a partir de los años 60²⁴² comienza a interpretar de forma más extensiva los términos del art. 34 y, a su vez, fundamenta el ámbito de intervención de la ley en otras

²³⁷ CHAPUS, R.; "De la soumission au droit des règlements autonomes", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XXII, pág. 125.

²³⁸ Como señala PEZANT en "Contribution a l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958", en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pág. 456.

²³⁹ Así, PÉREZ ROYO lo califica de órgano pro-gubernamental, "guardián celoso de las prerrogativas normativas del Gobierno y defensor del reglamento frente a la ley" en "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", *op. cit.*, pág. 107.

²⁴⁰ El resto de las materias quedaban reservadas al reglamento y no sólo de una forma *horizontal* en beneficio del reglamento autónomo, sino también *verticalmente*, a favor del reglamento de ejecución, el único competente para dictar las medidas de ejecución de la ley necesarias para su aplicación.

²⁴¹ *Vid.* la obra colectiva *Le domaine de la loi et du règlement*, Coll. Droit Public Positif, Economica, PUAM, 2 ed. 1981, *passim*.

²⁴² Sobre la evolución de la misma *vid.* FAVOREU, L.; "La délegalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel", en *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, pág. 429-450.

disposiciones constitucionales²⁴³. Este proceso tiene su punto culminante en la DC 143, de 30 de julio de 1982 (*Blocage des prix et des revenus*) en la que el *Conseil* se opone a declarar inconstitucional una ley por el sólo hecho de contener disposiciones de naturaleza reglamentaria²⁴⁴.

4.3. EL ÁMBITO DE INTERVENCIÓN DE LA LEY

4.3.1. La previsión del art. 34 CF

El ámbito material de la ley viene definido, fundamentalmente, por el art. 34 CF, que contiene un amplio catálogo y que se extiende, prácticamente, a todas las materias tradicionalmente consideradas importantes. Dentro de este catálogo el constituyente diferencia entre: materias en las que la ley *fixe les règles* y materias en las que la ley *détermine les principes fondamentaux*²⁴⁵. Esta distinción parecía dar lugar a una diferente intervención del legislador en uno y otro caso, más intensa en el caso del establecimiento de las reglas y menos en el caso de los principios; lo cual venía a significar también una diferente intensidad de intervención del reglamento. Sin embargo, el *Conseil Constitutionnel* ha descartado esta dualidad y en ambos casos parece exigirse del legislador el establecimiento de las medidas fundamentales, básicas o

²⁴³ Aunque, ciertamente, el art. 34 CF constituya el centro de gravedad de las reservas de ley en Francia, por razón de la importancia cualitativa y cuantitativa de sus disposiciones.

²⁴⁴ Es decir, se abandona la concepción material de la ley que, en un principio, parecía deducirse de los arts. 34 y 37 CF. Así, se puede leer en el *considerando 11*:

"Si les articles 34 et 37 al. 1^o, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la porte de ces dispositions doit être appréciée en tenant en compte de celle des articles 37 al. 2 et 41, (...) l'une et l'autre de ces procédures ont un caractère facultatif; qu'il apparait ainsi que, par les articles 34 et 37 al. 1^o, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi".

²⁴⁵ Esta distinción puede tener alguna similitud con las expresiones "por ley" y "en base a una ley" que se encuentran en nuestra constitución y que por la vía de la interpretación pueden abrir un margen mayor o menor al ejercicio de la potestad reglamentaria. Al respecto *vid.* PÉREZ ROYO, J.; "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno", *op. cit.*, pág. 106.

esenciales de la materia en cuestión susceptibles, por tanto, de ser concretadas por el Gobierno mediante reglamentos²⁴⁶. De este modo, se ha limitado la noción de "reglas", permitiendo la intervención del reglamento y a su vez, se ha evitado que la noción de "principios fundamentales" se flexibilizara demasiado y permitiera la existencia de reglamentos con una intervención o determinación legislativa muy débil, es decir, reglamentos sin una verdadera sumisión jerárquica a ley²⁴⁷.

Para el *Conseil* los diferentes apartados del art. 34 responden a un mismo modo de intervención legislativa y en ambos casos ampara y legitima la intervención del reglamento en las materias señaladas en dicho precepto²⁴⁸. Así, se opta por interpretar el art. 34 como si de una unidad se tratara; el "legislador determina los elementos esenciales de una materia y el poder reglamentario determina, de manera exclusiva los aspectos secundarios y complementarios"²⁴⁹. Como señala el profesor RIVERO *"nous avons également une plaine connaissance, maintenant, de l'action des deux juges. L'effacement qui ... reste extrêmement net, de la difference entre les principes fondamentaux et les matières dans lesquelles la loi fixe les règles; a unifié l'interprétation du texte autour de l'idée simpliste déjà évoquée à plusieurs reprises: ce qui est le plus important va au législateur c'est la mise en cause; ce qui l'est moins, qui*

²⁴⁶ La jurisprudencia constitucional al respecto puede consultarse en COHEN, A.; "La jurisprudence du Conseil Constitutionnel relative au domaine de la loi d'après l'article 34 de la Constitution", en *Revue de Droit Public*, 1963, pág. 752 y sg.

²⁴⁷ Vide al respecto BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1997, pág. 111 y sg. y la bibliografía allí citada.

²⁴⁸ Sin embargo, de esta distinción entre "*fixer les règles*" y "*les principes fondamentaux*" en la actualidad parece desprenderse -de algunos estudios recientes- que la potestad reglamentaria está protegida con mayor rigor en los ámbitos en los que la ley debe limitarse a determinar los principios fundamentales. Y ello, porque la potestad reglamentaria no posee la misma extensión en materia de deducciones obligatorias, por ejemplo, según que se considere que éstas son fiscales (en las que la ley fija las reglas en la materia y el lugar del reglamento es residual) o sociales (en los que la ley determina los principios y el papel del reglamento es más extenso). Vide, BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Paris, 1996, pág. 57-81

²⁴⁹ BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1997, pág. 113.

n'est que la mise en œuvre, relève du domaine réglementaire"²⁵⁰. De este modo, se abandona la distribución horizontal de ámbitos entre ley y reglamento y se apuesta por una separación vertical de los ámbitos legislativos y reglamentarios. Como ha señalado FAVOREU: "*La repartition horizontale des compétences á peu á peu cedé le pas á la séparation vérticale des compétences*"²⁵¹.

La aplicación concreta de la separación entre la ley y el reglamento supone el establecimiento de un criterio lo suficientemente general para poder ser utilizado en los diferentes supuestos. Así, la previsión de una lista de materias reservadas a la ley por el art. 34 debe ser considerada como una abstracción respecto a la realización normativa: la multiplicidad y diversidad de sectores a regular, la precisión o el carácter extremadamente técnico de las normas, hacen que la vinculación o no de un texto jurídico respecto a las diferentes reservas de ley necesite a menudo de una interpretación. En este sentido, la propia diferenciación que realiza el art. 34 parece ayudar en esta dirección²⁵². En la mayoría de los casos, la determinación del carácter legislativo o reglamentario de una disposición en conflicto se efectúa atendiendo al binomio *mise en cause/mise en œuvre*..

4.3.2. El criterio *mise en cause/mise en œuvre* para delimitar la función de la ley y la del reglamento

²⁵⁰ RIVERO, J.; "Rapport de synthèse", en AAVV, *Le domaine du loi et du règlement*, (dir. L. Favoreu), Coll. Droit Public Positif, Economica, PUAM, 2 ed. 1981, pág. 264.

²⁵¹ FAVOREU, L.; *Le domaine de la Loi et du Règlement*, *op. cit.*, pág. 33

²⁵² ROUSSEAU, D.; "Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992", en *Revue de Droit Public*, 1993, pág. 39 y sg.

La delimitación normativa entre ley y reglamento -de carácter vertical y no horizontal- atiende al binomio *mise en œuvre/mise en cause*²⁵³. Si bien se ha señalado la dificultad de delimitar el concreto significado de ambos conceptos²⁵⁴, ello no ha preocupado en exceso a la doctrina francesa, que se limita a señalar que la diferenciación está guiada por el criterio de *importancia*, lo cual determina que corresponde al ámbito legislativo la fijación de todos los elementos importantes o determinantes de la materia afectada, mientras que al reglamento le corresponde el desarrollo técnico del detalle de estos principios y su aplicación. Así, para PÉZANT del análisis de los diferentes apartados del art. 34 y de la jurisprudencia constitucional se desprende que la Constitución ha reservado al legislador la decisión respecto a las materias consideradas más importantes, lo cual demuestra "*que bien plus qu'une limitation du Parlement, le système a été compris comme un moyen de défense de la loi*"²⁵⁵, atribuyéndole lo que es más importante y lo que es menos al reglamento.

Cada uno de estos términos viene a reflejar la *función* propia del reglamento y de la ley. Sin embargo, si ambos términos intentan definir la función que corresponde a cada fuente, a la ley y al reglamento, no indican en principio nada respecto a los límites de la actuación del legislador. Únicamente indican que las reservas de ley establecidas en el art. 34 tienen un carácter vertical y no horizontal. De ahí que la diferencia entre la función del legislativo y la del ejecutivo en la definición de las normas sobre un sector determinado dependa de la mayor o menor densidad legislativa en dicho sector²⁵⁶. Así, en la *mise en*

²⁵³ En este sentido FAVOREU, L.; "Les règlements autonomes n'existent pas", *op. cit.*, pág. 878.

²⁵⁴ BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1997, pág. 116.

²⁵⁵ PEZANT, J-L.; "Contribution a l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958", en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pág. 457 y sg.

²⁵⁶ En este sentido se pronuncia FAVOREU, L.; "Les règlements autonomes n'existent pas", en *Revue française de droit administratif*, 1987, pág. 882.

œuvre de la legislación el ejecutivo no pueda desnaturalizar los principios o reglas establecidos por el Parlamento²⁵⁷.

Para FAVOREU "*le partage d'attributions entre le législateur et le pouvoir réglementaire s'effectue non pas en considération de la matière et donc en "surface", mais en égard à l'importance de la question traitée, et donc "en profondeur", en utilisant le couple "mise en cause-mise en œuvre"*²⁵⁸. Es decir, que tanto para la fijación de las reglas como para la determinación de los principios "*la loi fixe les règles les plus importantes (c'est la mise en cause) et le règlement fixe les modalités d'application (c'est la mise en œuvre)*"²⁵⁹.

PARDO FALCÓN por su parte señala que "*la mise en cause* haría referencia a aquella parte de la regulación de una materia que conlleva la toma de una serie de decisiones *normativas* básicamente *políticas* –entendida esta expresión en su sentido más técnico–, decisiones que por su especial naturaleza y trascendencia sólo pueden corresponder a la ley. Por el contrario, la *mise en œuvre*, que corresponde al poder reglamentario, sería de una índole eminentemente técnica y consistiría esencialmente en la concreción de la norma legislativa y su adaptación a la realidad para hacer posible su aplicación"²⁶⁰. Esta distinción, no obstante, puede conducir a un concepto

²⁵⁷ Vide la jurisprudencia citada en TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, op. cit. pág. 367.

²⁵⁸ "Les règlements autonomes n'existent pas", op. cit., pág. 878

²⁵⁹ TREMEAU, *La réserve de loi*, op. cit., pág. 366.

²⁶⁰ PARDO FALCÓN, J.; "La evolución de las relaciones entre la Ley y el Reglamento en la Quinta República Francesa", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1990, pág. 115. Debe señalarse igualmente, el *carácter evolutivo* de la delimitación entre la ley y el reglamento. La calificación de lo *esencial, importante o determinante* de una materia puede depender de otros condicionantes diferentes a la propia materia, como puede ser la percepción que de ella tengan los ciudadanos del Estado o el adventimiento de determinados acontecimientos históricos, vid. BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, op. cit., pág. 119. Esta posibilidad de adaptación viene establecida en la propia Constitución a través de diversos mecanismos. El primero de ellos se recoge en el art.34 último párrafo en el que se establece que "*les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique*". Esta disposición supone una cláusula de apertura a cuyo través el listado de materias del art. 34 es susceptible de variar, ya veremos con qué grado. Otro de los mecanismos que prevé la propia Constitución se encuentra en el art. 37.2 que ofrece al Gobierno la

material de ley definido por la *importancia* de la regulación o por la definición de *lo esencial*, correspondiendo al reglamento el establecimiento de los elementos accesorios o secundarios²⁶¹. Y esta concepción de la ley se aleja considerablemente de la concepción monista de CARRÉ DE MALBERG que considera que las relaciones entre la ley y el reglamento son un *continuo normativo*. La ley, que no tiene su ámbito de actuación limitado a determinadas materias puede regular todo lo que estime conveniente mientras que el reglamento debe limitarse a continuar el proceso normativo allí donde lo hubiere dejado el legislador²⁶².

4.3.3. La extensión del ámbito de la ley

Junto a las materias previstas en el art. 34, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que existen otros preceptos o fuentes de materias reservadas a la ley. Así, la Constitución reserva al Parlamento, bajo la forma de ley orgánica (arts. 71 o 74) o de ley ordinaria (art. 72) la regulación de otras materias, lo cual indica que el ámbito o dominio de la ley no se limita a la regulación de las

posibilidad de disminuir el rango de materias formalmente reguladas por el legislador, pero atribuibles materialmente al poder reglamentario. Igualmente, el art. 41 CF establece un mecanismo de carácter preventivo contra los posibles excesos del Parlamento más allá del ámbito normativo que la Constitución le asigna.

²⁶¹ Sin embargo, esta noción material de ley no debe confundirse con el dualismo de la ley típico de las monarquías constitucionales, en el que los dos poderes del Estado, Monarca y Asamblea tenían unas materias atribuidas a su exclusiva competencia. *Vid.* TREMEAU, J.; *La réserve de loi, op. cit.*, pág. 363-365.

²⁶² Como después tendremos ocasión de comprobar esta concepción estrictamente formalista es la base de la concepción de la ley que rige nuestro ordenamiento, aunque existen diferencias sustanciales, pues en esa concepción de CARRÉ tanto el Parlamento como su producto normativo, la ley, tienen un poder ilimitado que además es plenamente disponible. En nuestra Constitución, sin embargo, si bien la ley no tiene ningún límite material, se encuentra subordinada y limitada a la Constitución, por lo que su *poder* no es plenamente absoluto y además es indisponible para el propio legislador, que no podrá hacer dejación de su actividad normadora en el reglamento allá donde la Constitución se lo prohíba mediante las técnicas de las reservas de ley. Por eso creemos que en nuestro ordenamiento jurídico no son de aplicación las concepciones monistas o dualistas de la ley debido especialmente al cambio producido tanto en las relaciones entre Parlamento y Gobierno en las que hacen aparición los partidos políticos, como en la forma de estado que instaura nuestra Constitución, la definición de un Estado social

materias enunciadas en el art. 34, sino que se extiende a lo largo de todo el texto constitucional. Por un lado, el Preámbulo de la Constitución proclama la adhesión a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946, que además de establecer un listado de derechos constitucionaliza también los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Todo este bloque normativo o constitucional contribuye en la determinación del ámbito de intervención inexcusable de la ley. Por otro lado, el *Conseil Constitutionnel* ha contribuido en esta extensión del ámbito de la ley mediante la declaración jurisprudencial de la existencia de unos principios generales del derecho que tienen como efecto reducir el poder reglamentario autónomo pues éste deberá respetar el principio reconocido jurisprudencialmente y su modificación o derogación corresponderá al legislador²⁶³. Además, la Constitución prevé en su art. 34 que sus disposiciones "*pourront être précisées et complétées par une Loi organique*"²⁶⁴, lo cual parece permitir conceder al legislador más materias de las que inicialmente tiene atribuidas, aunque para la doctrina la virtualidad de este precepto parece más destinada a completar o determinar de forma más

y democrático de derecho obliga a realizar al Estado una constante actividad normativa estatal que difícilmente puede ser asumida de forma exclusiva por el Parlamento.

²⁶³ Vid. al respecto, TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, op. cit. pág. 342 y sg. y las decisiones del Conseil allí citadas.

²⁶⁴ Esta disposición, por lo que sabemos, no ha sido nunca utilizada. Así, se pronuncian, LUCHAIRE, F.; "Les sources des compétences législatives et réglementaires", en *Actualité juridique - Droit Administratif*, núm. 6, 1979, pág. 8 y BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., pág. 73. En cualquier caso y de forma consecuente, todas las materias ganadas por la ley supone arrebatarlas a la competencia del reglamento prevista en el art.37.1 y, por tanto, al Gobierno. La doctrina, en este punto cuestiona si la posibilidad de que las leyes orgánicas sean fuente de competencia legislativa es válida para el conjunto de leyes orgánicas o sólo para aquellas a las que hace remisión el art. 34 CF. Así, para TREMEAU, una disposición contenida en una ley orgánica adoptada sobre la base de un precepto diferente al art. 34, y que establezca una competencia parlamentaria por encima o más allá de las establecidas por la Constitución, siempre podrá vincularse, materialmente, al último apartado del art. 34 que establece que las disposiciones de dicho artículo podrán ser precisadas y completadas por una ley orgánica; en *La réserve de loi*, op. cit., pág. 342. Para el profesor FAVOREU es válido y legítimo recurrir a otros preceptos constitucionales para definir el ámbito de la ley, en "Rapport introductif au colloque d'Aix-en-Provence", en AAVV.; *Le domaine de la loi et du règlement*, (dir. L. Favoreu), Coll. droit public positif, Economica, PUAM, 2 ed. 1981, pág. 29.

puntual las materias ya enumeradas que no a la adquisición de nuevos ámbitos (lo cual lógicamente, requeriría una reforma de la Constitución)²⁶⁵.

La posibilidad que tiene el legislador de superar el ámbito delimitado en el art. 34 y, en consecuencia, de penetrar en el ámbito reservado al reglamento por el art. 37 responde, según BÉCHILLON, a dos factores: uno de carácter político el otro jurídico²⁶⁶.

Las razones políticas atienden a la homogeneidad ideológica de las instancias parlamentarias y gubernamentales junto a la artificial estructuralidad de toda separación material entre la ley y el reglamento, pues, como señala BOULOUIS el proceso normativo está marcado por una profunda unidad y una no menos profunda continuidad²⁶⁷. Es por ello por lo que se señala que existe una cierta responsabilidad por parte del Gobierno, en esta cuestión, porque si bien es cierto que muchas leyes están repletas de disposiciones reglamentarias, no podemos olvidar que es el Gobierno el principal proveedor de leyes, y al presentar los proyectos de ley él mismo incluye disposiciones de naturaleza reglamentaria. Las razones pueden ser múltiples, y a menudo técnicas: rapidez, reversibilidad y mutabilidad de los problemas, disminución del riesgo de conflicto, etc.²⁶⁸. De este modo, la ley gana en claridad y no es necesario incorporar en su contenido numerosos reenvíos al reglamento. Junto a ello, no podemos olvidar que los procedimientos para preservar el ámbito reglamentario frente a las intromisiones del legislativo previstos en los art. 37.2

²⁶⁵ Así, lo defiende BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., pág. 73.

²⁶⁶ En *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Paris, 1996, pág. 60.

²⁶⁷ BOULOUIS, J.; "L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs", en *Le domaine de la loi et du règlement*, (dir. L. Favoreu), Coll. droit public positif, Economica, PUAM, 2 ed. 1981, pág. 198.

²⁶⁸ Estas causas están muy bien sintetizadas por PEZANT; "Loi/Règlement: La constructions d'un nouvel équilibre", en *R.F.S.P.*, núm. 4-5 especial, 1984, pág. 922.

y 41, no pueden activarse más que a discrecionalidad del Gobierno, y no siempre son utilizados, lo cual denota una cierta complicidad²⁶⁹.

Las razones jurídicas se desprenden por un lado de la propia Constitución y por otro, de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*. A partir de una lectura del texto constitucional se aprecia que el art. 34 no es el único precepto referido a la ley y deben buscarse las diversas *fuentes de competencia legislativa*, utilizando los mismo términos empleados por LUCHAIRE²⁷⁰, entre las cuales debe contarse con algunas disposiciones del Preámbulo de la Constitución que proclaman la adhesión a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789²⁷¹ y al Preámbulo de la Constitución de 1946, como unos principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

Junto a ello, el *Conseil Constitutionnel* ha creado otro soporte para delimitar la potestad legislativa diferente de los previstos en la Ley fundamental, los Principios generales del derecho²⁷² que no tienen valor constitucional sino legislativo y que actúan como técnica para separar el ámbito de la ley y el del reglamento. La consecuencia inmediata de esta creación de reglas de rango legislativo que sólo puede ser concretada por el legislador pues como ha señalado el *Conseil* "il n'appartient qu'au législateur d'en étendre ou d'en

²⁶⁹ BÉCHILLON, *op. cit.*, pág. 61, señala en la nota 21 las contadas ocasiones en las que se han utilizado los procedimientos de los arts. 37 o 41 para hacer frente a esta situación.

²⁷⁰ LUCHAIRE, F.; "Les sources des compétences législatives et réglementaires", en *Actualité juridique - Droit Administratif*, núm. 6, 1979, pág. 7.

²⁷¹ Así, el *Conseil* ha recurrido al art. 8 de la Declaración de 1789, para consagrar el principio de legalidad penal y con él, la necesidad de que sea el legislador quien defina las infracciones en términos suficientemente claros y precisos para excluir la arbitrariedad. *Vid.* las decisiones del *Conseil* citadas por TREMEAU, J.; *La réserve de loi, op. cit.*, pág. 342 y sg.

²⁷² Sobre ellos *vid.* LUCHAIRE, F.; "Les sources des compétences législatives et réglementaires", en *Actualité juridique - Droit Administratif*, núm. 6, 1979, pág. 8-9. LOS PGD son considerados unas reglas, descubiertas jurisprudencialmente, que se imponen a la administración y a las personas privadas, pero sólo a ellos y no al legislador. Al respecto puede consultarse BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, op. cit.* pág. 66 y bibliografía citada en nota 41; TREMEAU, J.; *La réserve de loi, op. cit.* pág. 375 y sg.

*retreindre les limites*²⁷³. Se tratan de normas no escritas que se imponen y vinculan al poder reglamentario –no al legislador-, lo cual permite reforzar el ámbito de la ley y aconsejar la necesidad de un acto legislativo para modificar los mismos más allá de las estrictas exigencias de la reserva de ley²⁷⁴. Y ello por aplicación del principio "lex posterior derogat priori". De este modo, al dotar de valor legislativo a una regla jurisprudencial el *Conseil Constitutionnel* habilita necesariamente al legislador a modificar el PGD y le abre, por esta vía, la posibilidad de realizar una distribución de competencias, pura y simplemente.

4.3.4. Los límites del legislador

El breve apunte anterior pone de relieve la existencia de una voluntad tanto política como jurisprudencial de extender el ámbito de la ley. Sin embargo, dicha extensión no está carente de límites, es decir, el ámbito de la ley no llega al infinito. Ello hace que no se pueda realizar una definición de la función legislativa sin hacer una necesaria referencia a la *domanialité* de la ley, y desde este punto de vista, este es un cambio profundo que introduce la CF de 1958²⁷⁵. Y ello, porque el ámbito de la ley se encuentra limitado, por un lado, porque no puede extender o ampliar sus competencias indefinidamente y por otro, porque no puede restringir sus poderes normativos.

De la DC 82-143 (*Blocage des prix et des revenus*) se desprende que el legislador no puede disponer libremente de la potestad reglamentaria

²⁷³ Decisión 69-55 L, de 26 de junio de 1969. *Vide* igualmente la jurisprudencia citada en TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, *op. cit.*, pág. 376.

²⁷⁴ De forma similar también se ha señalado en nuestro país que los PGD sirven de fuente a la potestad legislativa, así DE LA CRUZ FERRER, J.; "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 116, 1988, pág. 71.

²⁷⁵ Como señala RIVERO "Un partage sans doute, mais un partage qui fait à la Loi une part beaucoup plus large que celle que nous avons initialment envisagée et qui semblait découler des termes de l'art. 34"; *Rapport de synthèse*, en la obra colectiva *Le domaine de la loi et du règlement*, (dir. L. Favoreu), *op. cit.*, pág. 265.

establecida en el art. 37 ni de la suya propia, es decir, no puede dictar normas que tengan por objeto delimitar la competencia parlamentaria²⁷⁶. Así, los límites que pesan sobre el legislador ordinario son de dos tipos. Por un lado, no puede redefinir las disposiciones que establecen el ámbito de la ley, es decir, no puede realizar una redefinición legislativa de las competencias legislativas, y ello, porque la distribución de competencias normativas la realiza la Constitución y es objeto de reserva constitucional. La intervención del legislador en este ámbito supondría una invasión de la materia constitucional - no de la materia reglamentaria, como en el caso de *Blocage des prix*-²⁷⁷. Pero por otro lado, el legislador tampoco puede redefinir las condiciones de ejercicio del poder reglamentario²⁷⁸. Así, las invitaciones que pueda realizar la ley al poder reglamentario del Gobierno deben ser consideradas como un elemento de racionalización del trabajo legislativo y desde este punto de vista no es contrario a la Constitución, pero no puede intervenir en el ámbito del reglamento fijado por el art. 37.1 CF²⁷⁹.

En segundo lugar, la Constitución también impone límites al ámbito de la ley prohibiendo al legislador restringir su propia potestad normativa. Esta cuestión

²⁷⁶ SACCONI, G.; "La répartition de compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 al.1 dans le cadre des saisines parlementaires", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1985, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pág. 169.

²⁷⁷ Vid. SACCONI, G.; "La répartition de compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 al.1 dans le cadre des saisines parlementaires", *op. cit.* pág. 179, nota 26. El art. 61 CF puede servir, en este sentido, para impedir que el legislador sustituya al constituyente. Este precepto juega un papel fundamental constriñendo al legislador a no atentar al reparto de competencias normativas - entre ellas la suya propia- que realiza la Constitución. Así, la virtualidad del art. 61 es permitir restringir al legislador a respetar la definición constitucional de competencias.

²⁷⁸ Según la concepción del Conseil Constitutionnel *l'injection* establecido por una Ley al Gobierno para que adopte un reglamento es conforme a la Constitución en la medida en que el reglamento en cuestión intervenga para la ejecución de la ley en el ámbito horizontal del art. 34. Fuera de estos casos, cuando *l'injection* verse sobre la adopción de un reglamento autónomo, el procedimiento sería inconstitucional, Vid. TERNEYRE, P.; "La procédure législative ordinaire", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1985, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pág. 198-206.

²⁷⁹ Vid. BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, pág. 75.

es denominada por la doctrina *incompétence négative* del legislador²⁸⁰. Mediante este concepto se designa el control que realiza el *Conseil Constitutionnel* respecto a si el legislador ha delegado a otra instancia -y no sólo al Gobierno- una fracción del poder legislativo en detrimento de su propia potestad. Es decir, se prohíbe que el legislador no ejercite por sí mismo la potestad legislativa que la Constitución le atribuye delegando dicha función a otro órgano. Son supuestos de abandonos de potestad legislativa del tipo de leyes de plenos poderes o leyes de poderes especiales. Esta prohibición la deduce la doctrina, *a sensu contrario* del art. 38, precepto que establece un procedimiento constitucional, claramente definido, para delegar el poder legislativo. Así, si se persiguiera el mismo resultado por otros medios que no tuvieran las garantías equivalentes, dicha actuación del legislador sería inconstitucional²⁸¹. Del mismo modo, la prohibición se extiende, necesariamente, a las delegaciones concebidas no horizontalmente como delegaciones de materias *stricto sensu* sino verticalmente, como habilitación para ejercer un poder que excede por su amplitud de la idea de ejecución de la ley.

4.4. LA CONFIGURACIÓN DEL PODER REGLAMENTARIO COMO *SECUNDUM LEGEM*

²⁸⁰ Sobre esta cuestión puede consultarse SCHMITTER, G.; "L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1990, vol. VI, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pág. 137 y sg.

²⁸¹ Vid. BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., pág. 78. Pero además, la teoría de la *incompétence négative* se refiere también a algo que va más allá de una verdadera incompetencia o abandono: la situación en la que el legislador establece una competencia mal definida o insuficientemente controlada y permite, de este modo, que la autoridad en cuestión se exceda de sus atribuciones. Lo que *Conseil* intenta evitar sancionando esta conducta es que una institución pueda ejercer sus poderes en condiciones insatisfactorias como consecuencia de las previsiones de la ley. En este supuesto no hay una verdadera *incompétence négative*, no hay abandono, pues no se le reprocha al legislador el haber delegado sus poderes o no haber ejercido una prerrogativa propia. Hay sobre todo, imprevisión en la generación de una nueva potestad.

En el marco establecido por la Constitución de 1958 la ley se ve limitada por el componente material de su definición y el reglamento se beneficia de una potestad normativa independiente o autónoma, a tenor de la previsión del art. 37.1 CF: "*Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*". De este modo, los reglamentos dictados al amparo de dicho precepto revestirían el carácter de reglamentos autónomos, en el sentido de que no solamente no deben respetar las previsiones legislativas que no respondan a la nueva definición material de la ley, sino que además, podrían intervenir espontáneamente sin necesidad de desarrollar unas previas prescripciones legislativas (*lex previa*). Así, la yuxtaposición de un ámbito legislativo al lado de un poder reglamentario inicial e incondicionado y el correlativo establecimiento de un reparto de tipo horizontal entre la ley y el reglamento son los elementos más relevantes de los primeros análisis realizados en los inicios de la nueva Constitución.

Sin embargo, este análisis fue rápidamente desmentido por doctrina y jurisprudencia. El primer elemento que lo propició fue la aceptación de un control jurisdiccional sobre los reglamentos adoptados en virtud del art. 37.1 CF²⁸². Este control cuestionaba la paridad establecida entre los reglamentos denominados *autónomos* y las disposiciones legislativas. Los reglamentos autónomos, al igual que los clásicos reglamentos de ejecución están sometidos a la totalidad de las leyes existentes, siempre que éstas no hayan sido deslegalizadas. Y ello porque la Constitución no ha previsto que el conjunto de leyes que intervenían en el nuevo ámbito reglamentario perderían de plano la fuerza legislativa. Esta posibilidad sólo podía darse mediante el procedimiento establecido en el art. 37.2, que permite modificar mediante decreto normas reglamentarias adoptadas en forma legislativa siempre que el *Conseil Constitutionnel* haya declarado su carácter reglamentario –lo cual viene a ser un procedimiento de deslegalización realizado por el *Conseil* a instancia del

Gobierno²⁸³. Por eso, y siguiendo a FAVOREU, las relaciones entre la ley y el reglamento deben analizarse como unas relaciones de orden jerárquico y vertical²⁸⁴, lo cual viene a significar que la Constitución no habría admitido "la revolución" prefigurada por los primeros comentaristas del texto constitucional.

Sin embargo, no puede negarse que la norma fundamental atribuye un ámbito reservado al reglamento que el Gobierno puede cubrir en todo momento. Pero este espacio parece reservado a una función: la ejecución de la ley, en mayor o menor grado. Es decir, que la reserva reglamentaria permitiría concretar un poder ejecutivo que, lejos de poseer un carácter discrecional igual al de la ley, revestiría una dimensión *secundum legem*. Ello es debido a la conjugación de dos elementos. Por un lado, la considerable ampliación de la reserva de ley conduce a la consideración de la ley como norma primaria. El análisis de los diferentes apartados del art. 34 que realizan doctrina y jurisprudencia llevan a la conclusión de que efectivamente se ha reservado al legislador la decisión relativa a las materias más importantes. Como señala PEZANT ello demuestra, respecto a la reserva de ley del art. 34 "*que bien plus qu'une limitation du Parlement, le système a été compris comme un moyen de défense de la loi*", atribuyéndose lo que es importante a la ley y lo que es menos importante al reglamento²⁸⁵.

²⁸² CHAPUS, R.; "De la soumission au droit des règlements autonomes", en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1960, Chronique XXII, pág. 119-126.

²⁸³ Al respecto *vid.* FAVOREU, L.; "La delegalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel", en *Mélanges Waline*, LGDJ, Paris, 1974, pág. 429-450. Además, el art. 41 CF permitiría también evitar que esas leyes fueran aprobadas, pues dicho precepto confiere al Gobierno la facultad de oponerse a toda enmienda o proposición que exceda el ámbito de la ley, reduciendo, al mismo tiempo, la probabilidad de que una ley interfiera en el ámbito reglamentario. Si no ocurre así, ello no provoca por sí solo, la inconstitucionalidad de la ley.

²⁸⁴ *Vid.* "Les règlements autonomes existent-ils?", en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pág. 405-420; del mismo autor "Les règlements autonomes n'existent pas", en *Revue française de droit administratif*, 1987, pág. 871-884.

²⁸⁵ PEZANT, J-L.; "Contribution a l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958", en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pág. 457 y sg. Algunos autores defienden que el objetivo buscado por los constituyentes con el establecimiento de una reserva de ley y una

Por otro lado, la configuración constitucional de la reserva reglamentaria diseña al reglamento como una norma secundaria en relación con la ley. Es cierto que la Constitución le define un ámbito propio de intervención, pero la protección del mismo es menor que la reserva de ley, y ello, porque la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* ha establecido que una intervención legislativa en el ámbito reglamentario no constituye por sí misma causa de inconstitucionalidad –*Blocage des prix*–, lo cual aumenta la posibilidad de que el acto reglamentario esté subordinado a una ley. Ello hace que las disposiciones reglamentarias estén condicionados por las disposiciones legislativas, y que la reserva reglamentaria se reduzca prácticamente a la definición de un poder reglamentario ejecutivo²⁸⁶.

Así, la distribución de potestades normativas se realiza no atendiendo a un criterio horizontal sino vertical, consecuencia directa de la importancia de la reserva de ley bajo la V República, lo cual comporta que la norma reglamentaria sea reducida al rango de norma de ejecución de la obra legislativa²⁸⁷. Así, la potestad reglamentaria preserva, principalmente, una competencia de ejecución de las disposiciones legislativas; y lejos de ser o de convertirse en un arma contra el Parlamento, tendente a conferir capacidades autónomas de decisión al Gobierno, la reserva reglamentaria deviene un mecanismo de protección de la propia potestad legislativa, permitiendo que el

reserva reglamentaria, era el de delimitar eficazmente la tarea del legislador; el de restituir a la ley en su carácter de norma primaria y al reglamento en el de norma secundaria.

²⁸⁶ Debido, principalmente, a la interpretación de la Constitución realizada por el *Conseil Constitutionnel*, vid. TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 355.

²⁸⁷ Para el *Conseil d'État* el ámbito del poder reglamentario tiene un doble fundamento. Por un lado, el definido por el art. 37; por otro, el ámbito normativo que la ley puede abrir al Gobierno bajo una ley de habilitación que le permita actuar en el ámbito legislativo. Y ello, porque, a diferencia de nuestro sistema, el juez administrativo francés no tiene ningún mecanismo para cuestionar la constitucionalidad de la ley que habilita al reglamento en materias legislativas; de este modo, el juez ordinario se ve obligado a aplicar la ley incluso si ésta es inconstitucional. Vid. al respecto LUCHAIRE, F.; "Les sources des compétences législatives et réglementaires", en *Actualité juridique - Droit Administratif*, núm. 6, 1979, pág. 10.

legislador se dedique a la función de definición de normas primarias²⁸⁸. La conjugación de todos estos elementos permiten entender la situación exacta del reglamento bajo la V República francesa, en tanto que norma subordinada, confinada al respeto y al desarrollo de las prescripciones legislativas.

4.5. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.

En este apartado pretendemos analizar los mecanismos de protección que ofrece el ordenamiento francés para preservar la distribución normativa entre la ley y el reglamento. Estos mecanismos están previstos en los arts. 37.2²⁸⁹, 41²⁹⁰ y 61.2²⁹¹ de la Constitución.

²⁸⁸ Sobre las funcionalidades de la reserva reglamentaria *vid.* el análisis realizado por BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria, op. cit. passim*. Como señala este autor, con la reserva reglamentaria se pueden evitar situaciones como la vivida en Italia, país en el que, algunos autores son partidarios de introducir una delimitación constitucional de competencias idéntica o semejante a la existente en Francia. La situación en Francia es tal que en 1995 se aprobó una resolución que pretendía modificar el reglamento de la Asamblea Nacional con el objetivo de permitir a los diputados de instar al Gobierno de activar el mecanismo del art. 41 CF. Es decir, que los parlamentarios solicitaran al Gobierno que hiciera uso del procedimiento de limitación del ámbito legislativo. Sin embargo, esta resolución fue anulada por el Conseil Constitutionnel en la DC 95-366, de 8 de noviembre. Las causas no las sabemos. *Vid.*, TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 347.

²⁸⁹ Art. 37.2 CF: "Les textes de forme législative intervenus en ces matières -/as reglamentarias- peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent".

²⁹⁰ Art. 41 CF: "S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours".

²⁹¹ Art. 61 CF: "Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs".

Por previsión de los arts. 37-2 y 41 CF, el Gobierno es el órgano encargado de instar los procedimientos tendentes a asegurar el respeto del reparto constitucional de competencias normativas, y con ellas, el respeto de las reservas de ley y reglamentaria²⁹². El carácter discrecional de estos procedimientos y su virtualidad es señalado por BÉCHILLON, para quien: *"Si les pères de la Ve. république avaient eu à l'idée qu'une répartition hermétique des compétences, au moins pour les textes nouveaux, était seules de nature à garantir le respect de la Constitution, ils n'auraient pas offert au Gouvernement la simple possibilité de défendre son royaume en lui offrant négativement le droit de ne pas en protéger les frontières et l'opportunité de violer par là la Loi fondamentale. Le Gouvernement n'aurait pas eu la faculté, mais bien l'obligation de purger les Lois de leurs dispositions réglementaires. En termes de logique pure, les articles 37-2 et 41 n'ont de raison d'être dans l'esprit du constituant que si leur inemploi n'est pas inconstitutionnel, et donc dans la seule mesure où la pénétration de la Loi en matière réglementaire ne l'est pas non plus"*²⁹³.

De este modo, parece darse a entender que si la ley se excede de su ámbito de intervención y regula materias reglamentarias esta actuación no determina, por si sola, su inconstitucional. Esto es también lo que expresa la DC 82-143 (*Blocage des prix et des revenus*) en el *considerando 11*:

"Si les articles 34 et 37 al. 1º, de la Constitution établissent une séparation entre le domaine de la loi et celui du règlement, la porte de ces dispositions doit être appréciée en tenant en compte de celle des articles 37 al. 2 et 41, (...) l'une et l'autre de ces procédures ont un

²⁹² Sin embargo estos dos procedimientos han sido escasamente utilizados. Se ha señalado, en este sentido, que la modificación parlamentaria de disposiciones con forma legislativa y contenido reglamentario resultan en la mayoría de los casos más cómodas y más rápidas que la utilización del procedimiento de deslegalización; por ello, el recurso al art. 37.2 es bastante raro. Al respecto *vid.* nota

caractère facultatif; qu'il apparaît ainsi que, par les articles 34 et 37 al. 1°, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, al.2 et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi".

En esta jurisprudencia, además de permitir que la ley pueda abarcar ámbitos reservados constitucionalmente al reglamento, sin que ello comporte su inconstitucionalidad formal, se viene a establecer también un diferente grado de protección constitucional entre la reserva de ley que contiene el art. 34 y la reserva reglamentaria del art. 37, puesto que es el Gobierno quien está legitimado mediante la adopción y actuación de los mecanismos que la Constitución le ofrece -arts. 37.2 y 41- para oponerse a toda regulación legal que suponga una invasión de su ámbito material. Ello supone que pueden existir leyes que contengan disposiciones de naturaleza reglamentaria; lo cual implica que la reserva reglamentaria no impide que una ley pueda crear una reserva formal, es decir, una reserva resultante de la sola intervención de la ley en una materia no reservada al legislador. No obstante, como ha señalado SACCONI la posibilidad de que el legislador cree reservas formales de ley no puede ejercerse más que implícitamente, mediante el establecimiento de normas substantivas, pues el reparto constitucional de competencias lo realiza la Constitución²⁹⁴, y el legislador no puede atribuirse explícitamente la potestad legislativa sobre una materia, pues supondría una modificación de los ámbitos

²⁹³ BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., pág. 70-71.

²⁹⁴ SACCONI, G.; "La répartition de compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 al.1 dans le cadre des saisines parlementaires", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1985, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pág. 169 y sg.

definidos por los arts. 34 y 37 CF, y por ello, una vulneración de la reserva de Constitución.

Ello supone que si el legislador incorpora en una ley disposiciones de naturaleza reglamentaria a partir de ese momento sólo una ley posterior podrá modificarlas, a no ser que se utilice el procedimiento de deslegalización previsto por el art. 37.2 de la Constitución. Así, únicamente el Gobierno está en condiciones de oponerse a esta *légifération* del ordenamiento jurídico mediante los procedimientos que la Constitución le otorga. Y ello, porque el Gobierno puede renunciar al ejercicio de una parte de sus facultades normativas a favor del legislador, pero para ello, no necesita ningún procedimiento específico, únicamente abstenerse de utilizar los mecanismos establecidos en los arts. 37.2 y 41 -lo cual responderá a un criterio de oportunidad-. Esta ausencia de formalismo se explica en atención a la consideración de que la reserva reglamentaria creada por la Constitución no establece ningún tipo de obligación para el Gobierno de ejercer completamente su competencia. Es decir, la reserva reglamentaria se entiende como una simple facultad a la que su titular puede renunciar.

En cambio, la naturaleza de la reserva de ley es diferente. Ciertamente, el recurso previo de inconstitucionalidad establecido en el art. 61.2 CF²⁹⁵ actúa como un verdadero mecanismo de salvaguarda de la reserva de ley controlando la denominada *incompétence négative* del legislador y no una eventual extralimitación del ámbito material reservado al legislador. El art. 61

²⁹⁵ La previsión del art. 61 es la siguiente: "*Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.*

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans le cas prévu aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

permite al *Conseil Constitutionnel* controlar la constitucionalidad de una ley por un vicio de incompetencia *ratione materiae*, es decir, si el legislador no ha respetado la obligación de regulación que le impone la Constitución, realizando una delegación de poder legislativo a otro órgano, provocando, en definitiva, un abandono de dicha potestad.

Este carácter obligatorio o no disponible de la reserva de ley –a diferencia de la reserva reglamentaria- ha sido señalado por el *Conseil Constitutionnel* y por la doctrina y supone la imposición al legislador de respetar el ámbito que la Constitución le reserva, obligándole a regular determinadas materias sin que pueda dejar a otra autoridad –Gobierno u órgano judicial- el ejercicio de atribuciones definidas por la propia Constitución.

De todo ello, puede deducirse que existe una gran diferencia entre la naturaleza de la reserva de ley y la de la reserva reglamentaria. La reserva de ley impone una vinculación positiva a su titular y a su vez, la prohibición de delegar dicha facultad, si no es a través de los procedimientos constitucionalmente establecidos y con todas sus garantías²⁹⁶. La reserva reglamentaria se configura como dispositiva o facultativa y no genera ninguna obligación a su destinatario. Así, a partir de la Constitución, no puede considerarse inconstitucional que una ley contenga disposiciones de naturaleza reglamentaria en su articulado. Al no haber previsto la Constitución ninguna intervención obligatoria para el ejecutivo, ésta no puede ser interpretada como norma que prohíbe la transferencia implícita de la regulación de un sector al legislador. Por ello, si el Gobierno no hace uso de la facultad que le otorga el art. 37.2 CF la ley que excede del ámbito legislativo definido por el art. 34 CF no puede ser objeto de control de constitucionalidad. Aquí, se expresa claramente la diferencia entre el control de constitucionalidad y la

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation".

²⁹⁶ Es el caso de les ordonnances del art. 38 CF.

cuestión del reparto constitucional de competencias entre la ley y el reglamento. Los procedimientos de los arts. 37.2 y 41 no son más que mecanismos de determinación y delimitación de los ámbitos respectivos de la ley y el reglamento, -esto es, atienden a la calificación del acto pero no a su validez-, y se distinguen, netamente, del control de constitucionalidad propiamente dicho²⁹⁷. La reserva reglamentaria no tiene pues, las mismas características que la reserva de ley, pues el ejecutivo puede renunciar a su ejercicio a favor del parlamento; lo cual está prohibido para el legislador.

Por ello, se ha señalado que mientras la reserva de ley responde a la necesidad de proteger los derechos de las minorías en la participación en el proceso normativo²⁹⁸, la reserva reglamentaria tiene como objetivo, la preservación de las relaciones equilibradas de colaboración entre la ley y el reglamento, evitando, en lo posible, los efectos de la *microlegislación*²⁹⁹. Es decir, que la reserva reglamentaria actuaría como una regla que procura mantener a cada órgano en la función que le asigna la Constitución; el legislador debe definir las grandes opciones y el ejecutivo aplicarlas. Y la tarea de velar por este equilibrio recae en el Gobierno, quien con ayuda de los arts. 37.2 y 41, procura evitar la tendencia exagerada de la ley de establecer una regulación demasiado detallista, o que descienda a un grado de detalle inadecuado³⁰⁰. Desde este punto de vista es aceptable que el ejecutivo se abstenga puntualmente de reivindicar su espacio normativo, lo cual explica que el uso potestativo de los procedimientos, en la lógica de la posibilidad constitucional de que la ley puede penetrar en este ámbito. Esta justificación

²⁹⁷ SACCONI, G.; "La répartition de compétences entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire. De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37 al.1 dans le cadre des saisines parlementaires", *op. cit.*, pág. 180.

²⁹⁸ Por ello, una vulneración de la reserva de ley supondría una vulneración de los derechos de la minoría política, y ello es lo que explica que la reserva de ley deba ser imperativa. En este sentido, *vid.* TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, *op. cit.* pág. 372.

²⁹⁹ *Vid.* BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, *op. cit.*, pág. 145 y sg.

³⁰⁰ Por ello, puede plantearse hasta qué punto puede ser adecuado hablar todavía de *reserva reglamentaria*.

que no se da en al reserva de ley pues el desconocimiento de la misma puede comportar una vulneración de los derechos de la minoría política. Por ello es necesario que la reserva de ley sea imperativa.

De todo ello puede concluirse que si bien a primera vista puede parecer que la Constitución francesa introduce el criterio de competencia por encima del criterio jerárquico para regular las relaciones entre la ley y el reglamento, en realidad, es el criterio competencial el subsidiario, adquiriendo el criterio jerárquico una vocación de aplicarse válidamente al conjunto del ordenamiento jurídico.

4.6. CONCLUSIONES

La posibilidad de hablar de la existencia de una reserva de ley en el ordenamiento francés, si bien con algunas dudas y reticencias por algunos autores, parece que efectivamente va asentándose. BARRAT ha señalado que "en Francia existe una reserva de ley tanto o más respetuosa con el principio democrático que la existente en Alemania, Italia o España"³⁰¹. En este sentido, puede ser un recurso o solución a la llamada crisis de la ley y una limitación al infinito poder de deslegalización. Desde este punto de vista la actual Constitución francesa si se presenta como una verdadera ruptura respecto a la tradición jurídica francesa.

La consagración de una auténtica reserva de ley por el ordenamiento jurídico francés permite establecer una configuración constitucional de esta fuente del derecho definida principalmente por un componente formal y orgánico, pero

³⁰¹ BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, , Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1997, pág. 147.

también en parte material, y cuyo objetivo parece ser la protección de la función de la ley.

Junto a la existencia de una reserva de ley el ordenamiento francés reconoce una reserva reglamentaria horizontal y otra vertical. En la primera, la potestad normativa establecida en el art. 37 CF para dictar los denominados reglamentos *autónomos* queda prácticamente reducida a lo que habían sido tradicionalmente los reglamentos de organización administrativa y de policía y de ordenación de los procedimientos civil y administrativo, lo cual ha llevado a algún sector doctrinal a negar la existencia de este tipo de reglamentos³⁰². En la reserva de tipo vertical o de intensidad el reglamento se encuentra siempre jerárquicamente subordinado a la ley, lo cual no obsta para que el reglamento tenga atribuido su propio espacio normativo. Así, propiamente no se reserva al reglamento una materia sino una función: la *mise en œuvre*, el establecimiento de las medidas de aplicación de la ley³⁰³.

Ello determina que, a pesar de la previsión constitucional, el principio de jerarquía no queda substituido por el de competencia sino que sobrevive al mismo y en ocasiones se superpone. Así, como señala BÉCHILLON, "*nul ne peut sérieusement douter de ce qu'un acte pris en forme législative, mais avec un contenu réglementaire, possède très exactement le même régime juridique qu'une Loi intervenue dans son domaine*"³⁰⁴. De aquí se desprende que, a pesar de esta *domanialité* que se predica de la ley, su condición jurídica viene

³⁰² En este sentido se pueden consultar los artículos de FAVOREU, L.; "Les règlements autonomes existent-ils?", en *Mélanges Burdeau*, LGDJ, Paris, 1977, pág. 405-420.; FAVOREU, L.; "Les règlements autonomes n'existent pas", en *Revue française de droit administratif*, 1987, pág. 871-884.

³⁰³ Para PARDO FALCÓN en los Estados constitucionales contemporáneos el Parlamento sigue siendo el único productor de normas incondicionadas (salvedad hecha de la subordinación de las leyes a la Constitución) y la acción del Gobierno en el plano normativo se reduce a la ejecución de las leyes o a la regulación de algunas materias residuales con plena sujeción a aquellas. *Vid.* "Las relaciones entre la ley y el reglamento...", *op. cit.*, pág. 118.

³⁰⁴ BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, pág. 79.

dada exclusivamente por la forma y el órgano del que emana. Para LUCHAIRE "*cette supériorité juridique de la loi dissimule mal la situation très inégalitaire dans laquelle se trouve le Parlement par rapport au Gouvernement*"³⁰⁵. Ello es debido a que en los sistemas de parlamentarismo racionalizado la dicotomía Parlamento-Gobierno es, por definición, ficticia, ya que el segundo está apoyado necesariamente por la mayoría del Parlamento. Por tanto, quien realmente se enfrenta son las fuerzas de la mayoría parlamentaria-Gobierno con la oposición.

En el plano de la jerarquía de las normas una ley sólo puede ser modificada válidamente con un acto de superior o igual rango. Por eso, cuando el legislador invada el ámbito reglamentario, es decir, cuando una ley contenga disposiciones de naturaleza reglamentaria será necesaria una norma con rango de ley para modificar sus prescripciones, aunque sea materia reglamentaria. Así, sin una deslegalización será necesaria una *ordonnance* y no un decreto para modificar una ley materialmente reglamentaria.

De esta configuración puede desprenderse que existe una especificidad del ordenamiento francés, especificidad que no reside en la definición de un ámbito normativo atribuido al legislador sino de la definición de las materias reservadas al ejecutivo³⁰⁶.

³⁰⁵ LUCHAIRE, F.; "Las sources des compétences législatives et réglementaires", en *Actualité juridique - Droit Administratif*, núm. 6, 1979, pág. 3-16, pág. 16.

³⁰⁶ Se ha señalado por PARDO FALCÓN que con la CF de 1958 se llega al grado máximo de disponibilidad por parte del Parlamento de su poder de normación, en

CAPÍTULO III. LA RESERVA DE LEY EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

1. INTRODUCCIÓN

La noción de reserva de ley se ha llegado a consagrar en muchos países influenciados por la doctrina alemana. Sin embargo, no puede decirse que esta institución sea un elemento indispensable en todo ordenamiento jurídico, sino que es necesario buscar su presencia en el mismo para comprobar si efectivamente se ha producido esa consagración. El caso español presenta, como tendremos ocasión de ver, la peculiaridad de haber recibido una doble influencia en esta materia, la germánica y la francesa, y ello puede ser la causa de la actual división existente en la doctrina sobre el significado real de la reserva de ley, porque, como hemos tenido ocasión de comprobar, ambos sistemas constituyen dos modelos contrapuestos basados en concepciones también diferentes.

Por otro lado, nuestra actual Constitución de 1978 incorpora un elemento diferenciador respecto de sus antecesoras (con la excepción de la Constitución de 1931): la existencia de una justicia constitucional, elemento *sine qua non* que permite hablar de una verdadera reserva de ley, o que cuanto menos se convierte en un elemento fundamental para determinar su alcance y función. A través de la jurisprudencia constitucional se puede configurar el lugar central que ocupa la potestad legislativa en el ámbito de la distribución de potestades normativas que realiza la Constitución.

Para BAÑO León, es precisamente la inexistencia de una verdadera primacía constitucional “uno de los factores que ha propiciado que la delimitación entre

la ley y el reglamento no se haya planteado frontalmente en la doctrina española durante el siglo XIX³⁰⁷. Esta práctica inexistencia de estudios doctrinales sobre las fuentes del derecho en el constitucionalismo español es la causa de que la práctica totalidad de los análisis sobre las relaciones entre la ley y el reglamento se centren directamente en el estudio de los textos constitucionales. En este sentido, nosotros nos centraremos en señalar las principales características de las relaciones ley-reglamento y, en consecuencia, de la reserva de ley, en la historia constitucional española.

Y ello, además, porque las relaciones ley-reglamento que se consagran en nuestra vigente Constitución tienen su punto de partida en la situación normativa establecida durante el período franquista, ya que el reglamento aparece directamente como la facultad normativa de un ejecutivo autoritario, y por ello dedicaremos una especial atención a este período. Cuando la actual Constitución consagra explícitamente algunas reservas de ley nadie duda que ello aparece a los ojos del constituyente como una de las garantías indefectibles del anclaje de España en el campo democrático.

2. LAS MATERIAS LEGISLATIVAS POR NATURALEZA: UNA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

Mientras la técnica de la reserva de ley se enraizaba y consolidaba en la Alemania del siglo XIX, en otros países europeos fue completamente desconocida y considerada como una institución exótica³⁰⁸ fruto de la falta de desarrollo democrático de los Estados alemanes.

³⁰⁷ BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 76.

³⁰⁸ En estos términos se expresa SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 773.

En España, la Constitución de 1812, fruto de un compromiso entre liberales y absolutistas³⁰⁹, configura una monarquía limitada en la que, sin embargo, las Cortes asumen un papel privilegiado por sus amplias funciones y por su naturaleza de representantes de la nación (art. 21). Ya en el discurso preliminar se señala que cada una de las facultades que el art. 131³¹⁰ atribuye a las Cortes "pertenece por su naturaleza de tal modo a la potestad legislativa, que las Cortes no podrían desprenderse de ellas sin comprometer muy pronto la libertad de la nación"³¹¹.

La Constitución gaditana instaura un nuevo sistema de categorías normativas que rompe con el hasta entonces existente (pragmáticas, dédulas, previsiones, etc.)³¹² y que básicamente viene configurado por los *decretos de Cortes con carácter de ley*, los *decretos de competencia exclusiva de las Cortes* y los *reglamentos*³¹³. Las Cortes, como órgano que representa a la nación, tienen atribuida la facultad de hacer leyes, en cuya tarea el Rey participa por medio

³⁰⁹ SOLÉ TURA, J. Y AJA, E.; *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1990, pág. 16.

³¹⁰ Este precept es un reflejo del art. 1 de la Constitución francesa de 1791, en ocasiones con idénticas frases.

³¹¹ La cita está tomada de la obra de GALLEGU ANABITARTE, A.; *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, IEA, Madrid, 1971, pág. 31.

³¹² Vid. al respecto CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 28-33.

³¹³ Como señala CHOFRE durante su período de vigencia no es "posible afirmar en puridad de conceptos que existan leyes", (*Categorías y realidad normativa...*, *op. cit.* pág. 20), sino que la potestad de hacer leyes se manifestaba mediante los denominados *decretos de Cortes con carácter de ley*, que eran aprobados por las Cortes con la sanción real. Junto a estas normas las Cortes podían aprobar *Decretos de Cortes*. De este modo, las Cortes pueden manifestarse a través de ambas categorías, y la elección de en qué supuestos debiera utilizarse una u otra norma era una cuestión que correspondía decidir en exclusiva a las Cortes, en función de la naturaleza del asunto. Así, en 1820 se llegó a plantear en España un debate sobre si el asunto de la sucesión a la Corona del Infante don Francisco de Paula y S.M. Doña María Luisa, gran duquesa de Luca, debía ser objeto de un *Decreto de Cortes con carácter de ley* o de un *Decreto de competencia exclusiva de Cortes*. El debate está reproducido en GALLEGU ANABITARTE, A.; *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, *op. cit.* pág. 190-199.

de la sanción, pero además, pueden realizar otros actos que vienen individualizados y atribuidos a la exclusiva voluntad de las Cortes³¹⁴.

De esta previsión constitucional (art. 131) parece desprenderse que existen una serie de materias cuya regulación compete al legislador y en las que el reglamento no puede acceder; pero esta *competencia* del legislativo para actuar sobre determinadas cuestiones no puede considerarse como una reserva de ley puesto que no limita la actuación del legislador a las mismas³¹⁵.

En este sistema, las Cortes no se encuentran limitadas en su potestad legislativa sino que sus facultades se manifiestan de diferente forma; por *decretos de Cortes con carácter de ley*, con sanción real, o por *decretos de competencia exclusiva de las Cortes*, sin sanción real³¹⁶. Así, materias como el

³¹⁴ La distinción entre *hacer leyes y otros actos* que fue recogida por el Reglamento de Cortes de 1810 y plasmada en la Constitución de 1812 se proyectará también en Constituciones futuras. Así, arts. 40 CE 1837; art. 39 CE 1845; art. 41 CE non nata 1856; art. 58 CE 1869 y art. 45 CE 1876. Así, en 1834 tuvo lugar la histórica discusión acerca de si los presupuestos del Estado debían revestir forma de ley (*decretos de Cortes con carácter de ley* en la terminología utilizada durante la vigencia de la CE de 1812) o decreto de Cortes. En dicho debate, en el que se deja entrever visos de lo que después será la dicotomía entre ley formal y ley material se decidió al final considerar al Presupuesto como ley, rompiéndose la tradición iniciada en Cádiz de considerarlo como decreto de competencia exclusiva de Cortes. Ello significaba que el Rey podía intervenir y controlar los presupuestos por medio de la sanción. Puede consultarse la transcripción del debate en GALLEGU ANABITARTE, A.; *Ley y reglamento en el Derecho Público.*, *op. cit.*, pág. 226-235 y en CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas*, *op. cit.*, pág. 47-53.

³¹⁵ GALLEGU ANABITARTE mantiene un concepto de reserva de ley que no compartimos en su integridad. Para este autor la reserva de ley supone la facultad limitada de dictar leyes; para nosotros, la limitación versa, principalmente sobre el ejecutivo. En este sentido, GALLEGU ANABITARTE considera que en Cádiz, al igual que en Francia, no existen materias reservadas a Cortes sino un concepto material de la ley; *vid. Ley y reglamento*, *op. cit.*, pág. 33.

³¹⁶ Estos dos productos normativos de las Cortes requieren un diferente procedimiento de elaboración. Para un detallado análisis de los diferentes procedimientos puede consultarse CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 133-229. Esta diferencia procedimental deja de darse a partir de 1837 donde se configura un único procedimiento legislativo dirigido a la formación de leyes. Sin embargo, y como señaló C. SCHMITT, el procedimiento, como garantía de la norma, no convierte un acto que no es ley en ley, por lo que es necesario también atender al contenido de la norma; *vid. SCHMITT, C.; Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 154.

ejército y las milicias, la educación pública, la reforma y la defensa de la Constitución eran de competencia exclusiva de las Cortes³¹⁷.

Para SANTAMARÍA PASTOR³¹⁸ la distinción entre *leyes y decretos de Cortes* encuentra su fundamento en la doctrina rousseauiana, según la cual las decisiones que pueda adoptar el soberano no siempre son leyes, únicamente lo serán aquéllas que tengan contenidos generales mientras que si tienen o se basan en algo individual serán decretos. Es decir, mientras lo general implica actos de soberanía, lo particular conlleva implícita la idea de actos de gestión³¹⁹.

De este modo, entendemos que cualquier análisis de la reserva de ley debe atender a la configuración de los dos principales poderes normativos, el legislativo y el ejecutivo. Es decir, no puede atenderse sólo a los preceptos constitucionales que, de una forma u otra, concretan las facultades de las Cortes, sino que también deben tenerse en cuenta los preceptos que establecen el alcance de la potestad reglamentaria. Así, y respecto a la Constitución de 1812, junto a las facultades para decretar leyes y otros actos

³¹⁷ Durante el período en que estuvo vigente la Constitución de 1812 es necesario distinguir, como realiza CHOFRE SIRVENT en su monografía, entre el período de ausencia del Rey y el período de presencia. En el primero, podemos hablar de una situación de supremacía absoluta del Parlamento aunque no puede hablarse de una primacía universal de la *ley* o decreto de Cortes con carácter de ley. El único tipo de normas que se aprueban son los decretos de competencia exclusiva de las Cortes y la potestad normativa, en este momento, no está sujeta a ningún límite material, puede regular cualquier clase de materias. En cambio, durante el trienio liberal (1820-1823) con la presencia del Rey las Cortes pierden esa primacía absoluta aunque no dejan de ostentar una posición de preeminencia con respecto a los demás poderes del Estado. Sin embargo, el Rey pugna por fortalecer su ámbito de poder en detrimento de las Cortes y se inicia el juego combinado de la monarquía y la representación nacional surgiendo "el germen de una mentalidad jurídico-pública basada en la legitimidad dual del estado y del sistema político, que se irá desarrollando en profundidad a partir del Estatuto Real de 1834 y en las sucesivas Constituciones". Vid. CHOFRE SIRVENT, J.F.; *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes Españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 61-65. Vid. igualmente GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 38.

³¹⁸ *Fundamentos de Derecho Administrativo, op. cit.*, pág. 516-517.

que el art. 131 atribuye a las Cortes –y que no creemos que de por sí conformen una auténtica reserva de ley-, el art. 171 configura un poder reglamentario para la ejecución de las leyes³²⁰ y el art. 172 prohíbe al Monarca actuar en el ámbito de la libertad y propiedad individual (concretada en la prohibición de imponer penas, de establecer arrestos ilegales y en la imposición de tributos o contribuciones)³²¹. De este modo, es esta delimitación negativa del ámbito normativo del Monarca la que parece establecer implícitamente una reserva de ley –exigencia de ley y prohibición de reglamento- sobre estas materias³²².

¿Podemos hablar de una reserva de ley en esta época? En todo caso con unas peculiaridades muy significativas. Pensemos que en este momento la reserva se configura como una institución que intenta preservar de la acción del ejecutivo monárquico unas determinadas materias que sólo pueden ser reguladas por los representantes de la soberanía nacional; en este sentido, las materias reservadas al decreto de competencia exclusiva de las Cortes, así parece indicarlo, pues preservan unas materias de la decisión conjunta del

³¹⁹ De este modo, se introduce la idea de generalidad y abstracción como características de la ley. *Vid.* en este sentido MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C.; *Naturaleza jurídica de las leyes ad hoc*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, pág. 78-79.

³²⁰ Aunque el art. 170 parece reservar al rey un ámbito propio de competencias en todo lo que concierne a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, la estructura constitucional del Estado parece impedir que se configure como un poder reglamentario autónomo referido al orden público; así, en 1812 las Cortes ostentan la titularidad de dictar normas de policía y al poder ejecutivo le corresponde la ejecución, que puede adoptar decisiones concretas relacionadas con el orden público, pero dentro del marco que las Cortes hayan diseñado previamente. Por tanto, no tiene fundamento constitucional el reglamento independiente. Por contra, con el Estatuto Real de 1834 y de acuerdo con el diferente modelo de estructura constitucional, el poder ejecutivo va ampliando más su campo de actuación en detrimento de las Cortes.

³²¹ En este sentido *vid.* MARTÍN-RETORTILLO, L.; "La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pág. 287 y sg.

³²² Según GALLEGO, en la CE de 1812 se da un concepto material de ley, pero no porque se encuentre limitada a la regulación de unas materias, sino porque la ley es "una manifestación de especial transcendencia y características", en *Ley y reglamento, op. cit.*, pág. 33. Y esta concepción de la ley tiene como consecuencia la configuración de un poder normativo secundario y de detalle, el reglamento.

monarca y las Cortes, sabiendo que el primero disponía del llamado veto suspensivo que podía bloquear una decisión sobre dichas materias. Sin embargo, la finalidad última de la institución de la reserva de ley es evitar que el ejecutivo pueda, mediante sus productos normativos propios, los reglamentos, regular esas mismas materias, pero no excluirlas de una decisión conjunta Corona-Cortes. Por ello, creemos que no puede decirse que exista una auténtica reserva de ley en estos momentos pues lo no reservado exclusivamente a las Cortes no se le atribuye al monarca, sino que también es objeto de regulación por las mismas aunque de forma conjunta con el rey³²³.

En las Constituciones posteriores desaparece la existencia de un precepto constitucional que establezca las facultades de las Cortes³²⁴ aunque se mantiene la exigencia de una ley para determinadas cuestiones como el establecimiento de contribuciones o tributos (art. 73 CE de 1837 y 1845) y se reconocen como derechos lo que antes eran prohibiciones al monarca, remitiendo su previsión a la ley³²⁵. Es decir no se establece un listado de materias cuya regulación competa al legislador aunque sí se encuentran referencias a la ley para la regulación de materias concretas como la regulación de derechos o las garantías fundamentales.

³²³ Si consideramos que en el constitucionalismo la ley es expresión de la voluntad de los representantes de la nación -y no expresión de la voluntad del monarca como ocurría en el antiguo régimen- en este momento histórico la categoría ley vendría definida por dos tipos normativos: los decretos con carácter de ley y los decretos de competencia exclusiva de las Cortes. En la concepción de la ley que primó en el orden teórico y doctrinal, la representativa del pensamiento liberal, no cabe referirse a la idea de ley si esta no representa la voluntad de la nación, y los decretos de Cortes con carácter de ley expresan la voluntad de la nación aunque también lo hacen los decretos de competencia exclusiva de las Cortes.

³²⁴ Al tiempo que desaparece la distinción entre leyes y otros actos del Parlamento y se va consolidando la denominación de *ley* como categoría fundamental del ordenamiento, especialmente a partir de 1837.

³²⁵ Para BAÑO LEÓN en estas garantías se encuentra el fundamento de la reserva de ley en nuestro constitucionalismo, siguiendo, así, la proyección de MAYER de garantía de derechos y libertades –sólo conforme a la ley se podrá limitar o privar de las garantías establecidas en la Constitución- y no la de JELLINEK o LABAND de división de ámbitos materiales.

La relación ley-reglamento en los diferentes textos constitucionales parece responder a una notas comunes que podemos sintetizar de la siguiente manera. Por un lado, la potestad normativa legislativa de las Cortes no conoce límites, pues no existe un poder reglamentario autónomo o independiente³²⁶, y la función de las Cortes se concreta en la función de *hacer leyes*. Por otro, la potestad reglamentaria se configura como meramente ejecutiva, en algunas Constituciones más limitada que en otras pero, en todo caso, absolutamente condicionada a la ejecución de las leyes³²⁷. Además, en todas las Constituciones monárquicas figura un precepto en el que se establece que la actuación del ejecutivo necesitará o bien del consentimiento de las Cortes o bien una autorización mediante ley³²⁸; y las únicas *reservas de ley* que permanecen invariables son las establecidas para la creación de impuestos y la garantía penal³²⁹.

Sin embargo, no creemos que pueda decirse que exista una reserva general para la regulación de los derechos y libertades, aunque sí una línea o tendencia a reservar a la ley determinados ámbitos esenciales de la libertad y propiedad, ya que si bien es cierto que prácticamente en todos los textos

³²⁶ Se ha señalado también que la existencia de reglamentos no meramente ejecutivos - es decir, autónomos o independientes- son considerados la excepción. Es el caso de los reglamentos de espectáculos o de prisiones, que versaban sobre materias que tradicionalmente y en otros países se reconocían como propias del ámbito reglamentario. Al respecto *vid* GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 39; CLAVERO ARÉVALO, M.; "¿Existen reglamentos autónomos en el derecho español?", en *Revista de Administración Pública*, núm. 62, 1970, pág. 11.

³²⁷ Incluso la CE de 1931 aún utilizando la expresión de *materias reservadas a la competencia de las Cortes* no enuncia ninguna de modo limitativo y confirma la institución de un poder reglamentario ejecutivo (arts. 61 a 80). La excepción a estas notas comunes es, sin duda, el período franquista, aspecto al que dedicaremos un apartado específico.

³²⁸ Así, art. 172 CE 1812; art. 48 CE 1837; art. 46 CE 1845; art. 53 CE 1856; art. 74 CE 1869; art. 55 CE 1876. Así, la distinción con la CE de 1812 entre las diferentes formas de decisión de las Cortes (*leyes y decretos de Cortes*) permitían a su vez, distinguir entre la actividad de legislar y la actividad de autorizar acciones al Gobierno o para resolver asuntos concretos. Sin embargo, la actuación de las Cortes denota una tendencia a actuar mediante leyes, y de este modo, la doble actividad del legislador se hace difícil de distinguir, surgiendo leyes con contenidos muy diferentes.

³²⁹ Art. 178.8 CE 1812; art. 73 CE 1837; art. 76 CE 1845; art. 81 CE 1856; art. 15 CE 1869; art. 17 CE 1873; art. 3 CE 1876; art. 115 CE 1931.

constitucionales del siglo XIX (principalmente a partir de la Restauración) las normas referentes a dicho ámbito tienen como referencia básica una ley (asociaciones, libertad de empresa, códigos civil, penal y mercantil) o realizan una remisión a la misma para la regulación de derechos concretos³³⁰, ello no representa, por sí mismo una reserva de ley, es decir, una exclusión inicial de la potestad reglamentaria, sino una previsión de desarrollo normativo de los respectivos preceptos³³¹.

Sin embargo, si que creemos que puede decirse que la exigencia de que unas determinadas materias competan al legislador y en las que no pueda entrar el reglamento viene a constituir una tradición constitucional según la cual sólo podrá privarse de las garantías establecidas en la Constitución conforme a lo establecido en la ley. Que la práctica no haya seguido este camino es una cuestión que quizá se deba a la utilización abusiva de la potestad reglamentaria³³². La función del reglamento en nuestra historia constitucional ha sido quizás, como señala BAÑO LEÓN, mucho más importante de la que le hubiera correspondido realizar, debido, entre otras causas, a la efímera vida de los textos constitucionales que hacían del decreto, el funcionamiento ordinario del Gobierno para hacer frente a las nuevas situaciones³³³.

³³⁰ Por ejemplo art. 2, 3, 7 y 8 CE 1837; art. 1, 2, 7, 8 y 9 CE 1845; art. 3, 4, 8, 9 y 10 CE 1856; art. 1, 11, 12 y 31 CE 1869; art. 3, 13 y 14 CE 1873; art. 4, 6, 9, 12, 16 y 17 CE 1876; art. 26, 28, 31, 33, 36.a, 41, 43, 44 y 49 CE 1931.

³³¹ Vide, MARTÍN RETORTILLO, L.; "La doctrina de las materias reservadas a la ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP*, núm. 39, 1962, pág. 287 y sg; en especial 292 y ss. Para BAÑO LEÓN si bien no puede desprenderse la existencia de una reserva de ley expresa si considera que determinadas materias como la garantía penal, la patrimonial o las libertades públicas se articulan en torno a la necesidad de una ley previa, pero no se prohíbe que el reglamento ocupe este espacio normativo si está carente de regulación legal; *vid. Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, op. cit.* pág. 76.

³³² La ausencia de una jurisdicción constitucional es una de las causas que impiden hablar de una primacía constitucional y que impide garantizar el cumplimiento de las previsiones constitucionales.

3. LA RUPTURA DE LA TRADICIÓN: EL PERÍODO FRANQUISTA

El análisis de este período histórico se fundamenta en la existencia de una reserva de ley. Es cierto que el mismo se caracteriza por la incertidumbre e imprecisión respecto a la existencia y alcance de muchos conceptos jurídicos producto del carácter autoritario del régimen que concentraba en última instancia todo el poder en manos del *Caudillo*. La reserva de ley no es una excepción a este esquema general.

La regulación del ejercicio del poder y la previsión de una distribución de funciones entre la ley y el reglamento se encuentran en tres leyes que podemos considerar básicas para el tema que nos ocupa. Nos referimos a la Ley de 30 de enero de 1938; la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942 y la Ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967. A partir principalmente de estas tres leyes la doctrina inició un debate sobre el tema de la reserva de ley en el ordenamiento jurídico español, debate que se centró no en el alcance de la reserva de ley sino en la posible existencia de una reserva reglamentaria como tendremos ocasión de comprobar. Los estudios de GALLEGO ANABITARTE, GARCÍA DE ENTERRÍA, Y PÉREZ ROYO servirán de base para estos comentarios.

3.1. LOS REFERENTES NORMATIVOS: LA LEY DE CORTES DE 1942 Y LA LEY ORGÁNICA DEL ESTADO DE 10 DE ENERO DE 1967. EL ANÁLISIS LEGAL.

³³³ *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, op. cit.* pág. 81. Este autor señala que si no, difícilmente hubiera sido restrictivo de libertades y garantías constitucionales.

El artículo 17 de la Ley reguladora de la Administración del Estado, de 30 de enero de 1938, atribuía al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general. A partir de esta *confusión* de poderes la propia ley establece que revestirá *forma de ley* toda disposición que afecte a la estructura orgánica del Estado o que tenga por vocación constituir una de las normas principales del ordenamiento del país. En los demás casos, será suficiente la *forma de decreto*. De aquí puede deducirse la consagración de una concepción material de la ley.

Posteriormente, la Ley de Cortes, de 17 de julio de 1942, precisaría el enunciado de esta *competencia* legislativa. El art. 1 de la Ley de Cortes mantiene y precisa ese *concepto material de ley*, mientras el artículo 10 enumera las materias que deben ser objeto de conocimiento por el Pleno de las Cortes³³⁴. Se incluyen, entre otras, las grandes operaciones económicas o financieras, el régimen de los impuestos, el presupuesto, la nacionalidad, los *derechos y deberes* de los españoles, el derecho civil, penal, mercantil, procesal, la organización judicial y la administración. En el apartado m) del artículo se prevé la posibilidad de que el Gobierno pueda aumentar dichas facultades sometiendo a las Cortes cualquier otra materia que considere conveniente: "las demás leyes que el Gobierno, por sí o a propuesta de la Comisión correspondiente, decida someter al pleno de las Cortes"³³⁵. El artículo 12, por su parte, establece las competencias de las Comisiones de las Cortes.

³³⁴ Para SANTAMARÍA PASTOR los redactores de la Ley de Cortes de 1942 se inspiraron en el art. 63 del Proyecto de Constitución de Primo de Rivera -que contenía una enumeración de decisiones y ámbitos que "serán necesariamente materia de ley",- para instituir una reserva de ley en el art. 10, donde se establecía un conjunto de materias que debían ser conocidas por las Cortes. Este autor considera que la aparición en estos textos del instituto de la reserva de ley se debe al carácter autoritario de los regímenes políticos a los que corresponden (más que simplemente dualista) y por ello habla de "lógica aparición". A partir de aquí también considera que la CE de 1978 ha renunciado a hacer una fórmula enumerativa (parecida a la del art. 10 de la Ley de Cortes) como reacción a lo que suponían estos textos en el plano político. *Vid. Fundamentos de Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pág. 775.

³³⁵ Hay que señalar, no obstante, que la propia Ley de Cortes califica a este órgano no como legislativo sino como "eficaz instrumento de colaboración" en la función legislativa, (preámbulo).

A ellas les corresponde todas las disposiciones que no estén comprendidas en el art. 10 pero deban revestir *forma de ley*, bien porque así lo establezca una ley posterior, bien porque una Comisión especial hubiera emitido un dictamen en ese sentido a requerimiento del Gobierno³³⁶.

La Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, añade un segundo párrafo al art. 12 de la Ley de Cortes e instituye un mecanismo dirigido a impedir y prohibir que las Cortes se excedan de sus funciones y competencias, otorgando la decisión sobre dicho conflicto a la Comisión especial³³⁷.

Así, del art. 12 de la Ley de Cortes, en la redacción dada por la Ley orgánica del Estado de 1967, se desprende que la competencia de las Cortes está *claramente definida* y, consecuentemente, no pueden decidir ni pronunciarse sobre materias que no son objeto de atribución, es decir, que no están incluidas dentro de sus atribuciones. No obstante, el artículo 10 enumera importantes sectores normativos y las Cortes pueden exceder estas previsiones en dos casos: a propuesta del Gobierno o cuando no haciendo éste uso de las facultades que le son propias, no se opone. Así, es el Ejecutivo, realmente, quien regula el diseño de las competencias de las Cortes, del legislador, y ello a partir del núcleo duro que constituye la enumeración del artículo 10.

Partiendo de este esquema, los arts. 41 y 52 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, pretenden *proteger esta competencia legislativa*. El art. 52 prohíbe al Gobierno dictar disposiciones que “de acuerdo con los arts. 10 y 12 de la Ley

³³⁶ El art. 12 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 amplía la posibilidad de solicitar el requerimiento a la Comisión permanente de las Cortes.

³³⁷ El art. 12 señala que “si alguna Comisión de las Cortes plantease, con ocasión del estudio de un proyecto, proposición de ley o moción independiente, alguna cuestión que no fuere de la competencia de las Cortes, el Presidente de éstas, por propia iniciativa o a petición del Gobierno, podrá requerir el dictamen de la Comisión a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el dictamen estimara no ser la cuestión de la competencia de las Cortes, el asunto

de Cortes, deban revestir *forma de ley*³³⁸; mientras que el art. 41 prohíbe a la Administración regular materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes³³⁹. Los arts. 59 y sg. de la misma Ley establecen un mecanismo para proteger la *competencia legislativa*, el recurso de contrafuero, mecanismo que podrá ser utilizado por las Cortes si se produce una intervención del Gobierno en su ámbito de atribuciones, siendo entonces el Jefe del Estado quien resuelve el conflicto previa propuesta del Consejo del Reino.

De este marco general puede deducirse que en el ámbito de las materias reservadas a la *forma de ley* sólo pueden intervenir los reglamentos ejecutivos de las leyes. Como señala MUÑOZ MACHADO "la Administración no tendrá más posibilidades de reglamentar estas materias que en función de complementar una ley que, conteniendo las reglas de base, ha decidido limitar su propia competencia, ha renunciado a agotar la regulación, remitiendo a lo que el ejecutivo, mediante normas de inferior rango, disponga en su momento"³⁴⁰. Ello se explica por el hecho de que la ley no puede renunciar íntegramente al ejercicio de su competencia confiriendo a la Administración un poder reglamentario incondicionado³⁴¹. En cualquier caso, toda regulación reglamentaria inicial debe ser prohibida en estos ámbitos³⁴².

será retirado del orden del día de la comisión". El mismo texto se reproduce en el art. 101 del Reglamento de Cortes de 1971.

³³⁸ Las excepciones vienen constituidas por las disposiciones excepcionales que puede adoptar el Jefe del Estado (art. 10. D, LO 1967), por razones de urgencia que *justifiquen* la adopción de decretos leyes (art. 13 Ley de Cortes) o cuando exista una autorización expresa de las Cortes (art. 51 LO 1967).

³³⁹ Este mecanismo de protección de la competencia legislativa también conoce una excepción: "salvo autorización expresa de la ley", es decir, las Cortes pueden autorizar al Gobierno o Administración para que regule materias que son de exclusiva competencia de las Cortes.

³⁴⁰ "Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español", en *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pág. 155.

³⁴¹ MUÑOZ MACHADO, S.; "Sobre el concepto de reglamento ejecutivo...", *op. cit.* pág. 156.

³⁴² El art. 13.2 de la Ley Orgánica del Estado otorga al Consejo de Ministros el poder de ejecutar las leyes. Así lo confirma el art. 10.6 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957.

Sin embargo, este análisis legal quedaría incompleto si no hiciéramos referencia a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957³⁴³. Esta ley contenía un elemento fundamental respecto a la definición del espacio normativo del poder reglamentario. El art. 24 establecía que “adoptarán la *forma de decreto* las disposiciones generales no comprendidas en los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes, y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendadas por el ministro a quien corresponda”. Este precepto viene a ser la contrapartida a la previsión del art. 10.m) de la Ley de Cortes: la apertura de un ámbito a favor del ejecutivo. Los análisis divergentes sobre la concepción del poder reglamentario durante el período franquista girarán, precisamente, entorno a esta disposición. La multiplicidad de textos que rigen durante esta etapa, las fuentes normativas, deja lugar a la exégesis sobre cuál es (o debe ser) el ámbito de actuación del reglamento.

3.2. EL ANÁLISIS DOCTRINAL: LA DISCUSIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA RESERVA REGLAMENTARIA

La principal cuestión que la doctrina se plantea consiste no en la posible existencia de una reserva de ley (que quizá todos suponen y nadie cuestiona), sino en si cabe hablar de una reserva reglamentaria durante el régimen franquista. De hecho, el debate se plantea en estos términos porque la existencia y el alcance de la potestad reglamentaria delimitará también el alcance de la reserva de ley. Ello supone que la reserva de ley como tal actuaría como un límite a la competencia legislativa precisamente por la existencia de una reserva reglamentaria como contrapeso, es decir, por la existencia de reglamentos autónomos. En ningún momento los textos normativos formulan expresamente un principio de reserva reglamentaria, por

³⁴³ Ley que se ha mantenido vigente hasta 1997.

lo que su posible existencia sólo puede ser deducida de una interpretación global del conjunto normativo.

3.2.1. Argumentos que defienden la existencia de reglamentos autónomos

Los autores que se pronuncian positivamente respecto a la cuestión de la existencia de este tipo de reglamentos fundamentan su posición a partir de las consecuencias que extraen del “acervo” normativo de la época. El punto de partida lo constituye una premisa o afirmación: la competencia legislativa está determinada de forma estricta y limitativa. La reserva de ley creada por la Ley de Cortes constituiría el marco más allá del cual el legislador no puede aventurarse; es decir, se limita la facultad de las Cortes de hacer leyes, única y exclusivamente a las materias enumeradas. El art. 12.2 de la Ley de 1942 viene a establecer un mecanismo delimitador destinado a impedir los excesos de competencia que emanen del legislador. Así, la competencia limitada de las Cortes es aprovechada por el poder reglamentario en virtud del art. 24 LRJAE, que recordemos establece que “adoptarán la forma de decreto las disposiciones generales no comprendidas en los arts. 10 y 12 de la Ley de Cortes”, con una clara vocación, además, de regir también en todas aquellas materias no reservadas a la ley.

En base a estos argumentos sería posible configurar la existencia de un reglamento autónomo durante este período³⁴⁴. Existencia que se encontraría en “la limitación tasada de la competencia de las Cortes y en la prohibición de

³⁴⁴ Los autores que definen esta posición son básicamente GALLEGO ANABITARTE, A.; *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental*, IEA, Madrid, 1971; del mismo autor “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 34, 1961; y CLAVERO ARÉVALO, M.; “¿Existen reglamentos autónomos en el derecho español?”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 62, 1970.

pronunciamiento de las mismas sobre materias ajenas a su competencia establecida en el añadido párrafo segundo del art. 12 de la Ley de Cortes³⁴⁵. GALLEGO ANABITARTE llega también a la misma conclusión, definiendo el reglamento autónomo como "todo aquello que no sea "reserva de ley"³⁴⁶.

De este modo, es la protección del ámbito reglamentario la que, generando una reserva reglamentaria, justifica la utilización del calificativo *autónomo*. Así, si la materia que ha de ser regulada no pertenece a la ley, entonces sólo podrá intervenir el ejecutivo y el legislador no podría reemplazar esta intervención³⁴⁷. No se trata, sin embargo, de un reglamento independiente, en la medida que la ley no puede, sin desconocer su propia atribución, regular la materia en cuestión; por ello el reglamento dispone de una exclusividad sobre la misma.

Sin embargo, estas afirmaciones creemos que deben ser matizadas. La capacidad de intervención del reglamento depende no tanto de la materia en cuestión (que se encuentre o no incluida en el art. 10), como, sobre todo, de la eventual existencia de una ley sobre la misma. En los textos normativos analizados anteriormente no fue prevista ninguna posibilidad de deslegalización. Así, "el reglamento autónomo tendrá que ser respetuoso y no modificar ni derogar las regulaciones contenidas en las leyes, aunque en la actualidad no se necesite ley para llevar a cabo tales regulaciones"³⁴⁸. Sin embargo, si ello fuera así, en este supuesto no nos encontraríamos ante un

³⁴⁵ CLAVERO ARÉVALO, M.; "¿Existen reglamentos autónomos en el derecho español?", *op. cit.*, pág. 18

³⁴⁶ GALLEGO ANABITARTE, A.; "Ley y reglamento en España", en *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968, pág. 90; (artículo que se encuentra reproducido en el capítulo II de la obra mencionada).

³⁴⁷ Sería el mismo caso que en el supuesto de materias reservadas en virtud de los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes: la ley puede regular estos sectores pero el poder reglamentario sólo puede completarlos a través de un reglamento ejecutivo y nunca reemplazar a la ley.

³⁴⁸ CLAVERO ARÉVALO, M.; "¿Existen reglamentos autónomos en el derecho español?", en *Revista de Administración Pública*, núm. 62, 1970, pág. 19.

reglamento autónomo sino ante un reglamento ejecutivo que no puede contradecir la legislación vigente.

También puede considerarse el supuesto en el que las Cortes aprueban una ley que no entra expresamente en el marco de las previsiones del art. 10, bien porque el Gobierno así lo decide (usando las facultades que le confiere el art. 10 m) de la Ley de Cortes o absteniéndose de invocarlo, art. 12.2), bien porque una ley posterior ha configurado esta nueva atribución legislativa (art. 12.1). En este último caso la ley contribuye a crear su propio ámbito normativo. Sin embargo, esta es una facultad que está siempre controlada por el Gobierno: él comparte la iniciativa legislativa (pudiera ser que el Gobierno tuviera interés en insertar en un proyecto de ley una cláusula de atribución a favor de la ley) y dispone el orden del día de la formación plenaria de las Cortes, así como de sus Comisiones (art. 12.1). Además, teóricamente, las Cortes no podrían utilizar este artículo para aumentar indefinidamente el campo reservado a la ley sin violar "la estructura y concepto de la *reserva de ley* en el derecho español vigente"³⁴⁹.

Con ello, queremos poner de relieve que incluso los autores que admiten la posibilidad de los reglamentos autónomos reconocen la dificultad de delimitar un ámbito cerrado a toda intervención legislativa, es decir, la existencia de un espacio verdaderamente reservado al reglamento³⁵⁰.

A partir de estas incertezas los que se oponen a la existencia de los reglamentos autónomos desarrollan unos argumentos complementarios.

³⁴⁹ GALLEGO ANABITARTE, A.; "Ley y reglamento en España", *op. cit.*, pág. 87.

³⁵⁰ CLAVERO ARÉVALO, M.; "Existen reglamentos...", *op. cit.*, pág. 32.

3.2.2. Argumentos que defienden la inexistencia de una reserva reglamentaria

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ la reserva de ley sería mucho más extensa que la simple enumeración del art. 10 y las posibilidades de extensión anteriormente señaladas. Dentro de este ámbito reservado a la ley deberían incluirse también todas aquellas remisiones a las leyes realizadas por las diferentes *Leyes Fundamentales* y, en particular, por el *Fuero de los españoles* de 1945³⁵¹. En última instancia "toda norma que imponga deberes o intervenga en derechos de los ciudadanos requiere legitimarse en una determinación del poder legislativo"³⁵². De este modo se llega a una concepción amplia de la reserva de ley que viene a cubrir, prácticamente, todo el ordenamiento jurídico. Sólo se excluye el sector de la organización interna de la Administración³⁵³. Opinan estos autores que esta preeminencia de la ley se justifica por el hecho de que ella representa la voluntad de la sociedad, mientras que la norma reglamentaria únicamente expresa la voluntad de la Administración. El fin de los arts. 10 y 12 no es otro que el de distribuir la competencia legislativa entre las comisiones y el Pleno de las Cortes³⁵⁴.

A partir de aquí los autores que rechazan la existencia de los reglamentos autónomos, señalan el carácter meramente legislativo –y no constitucional- de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Se trata de demostrar que esta norma, y especialmente su art. 24, puede ser derogada o

³⁵¹ Así, por ejemplo, el art. 34 "Las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero".

³⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, 2ª. ed., pág. 176.

³⁵³ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.* pág. 180 y sg.

³⁵⁴ *Ibidem*, pág. 176-180.

modificada en todo momento por una ley posterior³⁵⁵, por ello no va destinada a establecer una competencia de principio a favor del poder reglamentario³⁵⁶.

Se ha planteado también la utilidad del reglamento autónomo. En el marco del ordenamiento franquista el Jefe del Estado puede dictar por sí mismo leyes³⁵⁷; por ello, y en estas condiciones, de poco sirve reservar un espacio normativo al ejecutivo puesto que él siempre puede generar leyes, y el hecho que esta posibilidad sea poco utilizada en nada modifica la existencia teórica del poder³⁵⁸.

A pesar de la posible existencia de algún elemento común –como pudiera ser la reserva reglamentaria y los mecanismos establecidos por los arts. 34, 37 y 41 CF- no creemos que pueda compararse este período de la historia española con la existente bajo el imperio de la Constitución francesa de 1958. Una relectura *gaullista* de los textos normativos españoles de esta época tiende a legitimar el régimen franquista con referencia a un modelo indudablemente democrático.

4. EL PROCESO CONSTITUYENTE

³⁵⁵ MUÑOZ MACHADO, S.; "Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el derecho español", en *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pág. 163.

³⁵⁶ Además, el art. 12.2 de la Ley de Cortes parece tener unos efectos más limitados que los de un verdadero mecanismo distribuidor entre la ley y el reglamento; así se ha denunciado cualquier comparación con el art. 41 CF; *vid.* SALAS HERNÁNDEZ, J.; "De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho español", en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, pág. 652.

³⁵⁷ Así, las *Leyes de prerrogativa*, que se fundamentan en el art. 17 de la Ley de 30 de enero de 1938 y en el art. 7 de la Ley de 8 de agosto de 1939, y que conforman un *poder normativo de urgencia* al prever que los actos normativos del Jefe del Estado, en forma de ley o de decreto, podrán ser dictados, en caso de necesidad, sin la previa deliberación del Consejo de Ministros.

³⁵⁸ CLAVERO ARÉVALO, M.; "¿Existen reglamentos...", *op. cit.*, pág. 13.

En el contexto doctrinal que brevemente se acaba de exponer, se inicia el proceso de transición democrática que finaliza con la celebración de las elecciones generales del 15 de junio de 1977 y en el que las nuevas Cortes deben abordar el proceso de creación de una nueva Constitución y, entre otros aspectos, el constituyente debía pronunciarse sobre el lugar de la reserva de ley y el ámbito de la potestad reglamentaria en el seno de la nueva norma fundamental.

4.1. LOS PRIMEROS INTENTOS DE ESTABLECER UNA RESERVA REGLAMENTARIA

La elaboración del nuevo texto constitucional tuvo problemas desde sus inicios. La primera cuestión que se planteó fue determinar el órgano competente para redactar los artículos de la nueva Constitución. Mientras el Gobierno era favorable a ejercer la iniciativa presentando un proyecto de Constitución, los partidos socialistas y comunistas (a los que más tarde se unieron los demócratacristianos de UCD) reclamaban una elaboración parlamentaria. La decisión se adoptó por el Congreso de los Diputados el 27 de julio de 1977, cuando se llega al acuerdo de constituir una Comisión Constitucional del Congreso que, a primeros de agosto designa una Ponencia (de 7 miembros) encargada de redactar un anteproyecto de Constitución y un informe de acompañamiento³⁵⁹. Esta Ponencia debía pronunciarse por la definición de las fuentes normativas en la futura Constitución. En cuanto a las relaciones entre la ley y el reglamento, el primer intento fue proyectar una reserva reglamentaria semejante a la del modelo francés. No obstante, la oposición que encuentra esta intención conduce, finalmente, a su retirada del texto definitivo. Es por ello por lo que consideramos adecuado adentrarnos en el estudio de este proceso para poder analizar después la situación desde el texto definitivo.

³⁵⁹ Sobre el proceso constituyente en su globalidad *vid.* PECES BARBA, G.; *La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1988, *passim*.

4.1.1. El borrador constitucional

La intención de establecer una reserva reglamentaria es perceptible desde el primer borrador constitucional que fue publicado (a pesar de que los debates eran confidenciales) por *El País* y *Cuadernos para el diálogo* del 25 de noviembre de 1977. En el art. 73 del borrador se enumeraban las *materias propias de la ley*³⁶⁰ -de forma paralela a la previsión del art. 34 CF- mientras el art. 79.4 enunciaba 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 puede observarse la influencia de la Constitución francesa de 1958 era plausible, tanto en la definición del ámbito material que corresponde a la ley³⁶¹ como en la

³⁶⁰ Art. 73 Borrador: Son materias propias de la ley:

a) El desarrollo de los derechos y deberes comprendidos en el Título II y, en lo que procede, de los principios fundamentales declarados en el Título I.

b) El desarrollo de las instituciones de la presente Constitución, incluyendo el derecho electoral y sinperjuicio de las autonomías reglamentarias de las Cámaras.

c) Las normas básicas en materia de orden público.

d) El derecho relativo a la nacionalidad, el estado y la capacidad civil de las personas.

e) El derecho penal, procesal y judicial

f) Las normas básicas del derecho civil, mercantil, laboral y de la Seguridad Social.

g) Las normas básicas de la Administración y de la función pública y de la defensa nacional.

h) Los Presupuestos del Estado.

i) Las cuestiones financieras y fiscales, así como los textos básicos de la planificación económica y social.

j) Las normas básicas sobre la ordenación del sector público de la economía.

k) Las normas básicas de la educación pública y de los planes generales de enseñanza.

l) Las normas básicas sobre el régimen del suelo: urbanismo y vivienda.

m) Las delegaciones normativas concedidas al Gobierno.

2. Cualquier otra materia cuya regulación legal sea acordada por la mayoría absoluta del Congreso. Dicho acuerdo podrá comprender la suspensión de disposiciones reglamentarias sin perjuicio de tercero, en los términos que una ley establezca.

³⁶¹ Para GARCÍA MACHO, la similitud entre el art. 73 del borrador y el art. 34 CF es total. Los apartados c) f) g) i) j) k) l) y m) en los que se confería a la ley la normación básica de

previsión de la reserva reglamentaria que reproduce directamente el primer párrafo del art. 37 CF -salvo, claro está, la referencia a las *regiones autónomas*.

4.1.2. El anteproyecto de Constitución

El primer anteproyecto creado por la Ponencia fue publicado el 5 de enero de 1978³⁶² retoma el esquema anterior sin grandes modificaciones³⁶³. En el ahora art. 72 se vuelven a definir “las materias propias de la ley” aunque se amplía la lista con referencia a la previsión del art. 73 del borrador, incluyéndose en el apartado h) las normas relativas a la Administración y contabilidad. Por otra parte, se afirma que cuando a lo largo del texto se realiza una remisión a la ley ésta debe añadirse al ámbito de la misma.

El poder reglamentario se regula en los arts. 95³⁶⁴ y 79. Este último precepto introduce en su primer apartado una *reserva reglamentaria* en términos muy parecidos a su predecesor “Corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno la regulación de las materias no reservadas a la ley, sin perjuicio de lo previsto en el título VIII”³⁶⁵, mientras que el segundo apartado (79.2) establece un procedimiento para resolver los conflictos de delimitación entre el

una materia y el art. 34 CF en el que el legislador debía fijar *les règles* o sólo la determinación *des principes fondamentaux*, vid. GARCÍA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 109. Vid. también BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1999, pág. 330.

³⁶² BOC, núm. 44, de 5 de enero de 1978, pág. 669-698; es el primer texto aprobado por la ponencia constituida en el seno de la Comisión constitucional.

³⁶³ Posteriormente, el 17 de abril de 1978 se publicó un segundo anteproyecto que, junto a los votos particulares fue discutido por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso y aprobado por el Congreso en la sesión de 21 de julio en forma ya de proyecto.

³⁶⁴ Art. 95 del anteproyecto: “El Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

³⁶⁵ BOC, núm. 44, de 5 de enero de 1978, pág. 682.

ámbito de la ley y el del reglamento³⁶⁶, es decir, un procedimiento para solventar las dudas respecto a la naturaleza legislativa o reglamentaria de un precepto³⁶⁷, procedimiento en el que debía intervenir y resolver el Tribunal Constitucional³⁶⁸.

Este nuevo diseño de la potestad reglamentaria difiere, considerablemente, de la previsión del borrador, ya que la determinación del ámbito legislativo no tiene un carácter rígido y junto a la enumeración de las materias reservadas a la ley se añade "cualquier otra materia cuya regulación sea acordada por mayoría absoluta del Congreso" (art. 72.2). El Parlamento tenía así la posibilidad de *recuperar* las materias *a priori* reglamentarias desde el momento en que lo decidiera por mayoría absoluta³⁶⁹.

El sistema previsto en el anteproyecto también prevé un mecanismo de deslegalización que únicamente se aplicaría a las leyes preconstitucionales que rigieran sobre unas materias ahora sustraídas, por la nueva Constitución, del ámbito de la ley, lo cual explica que se enuncie en el marco de las

³⁶⁶ El art. 79.2 se convierte en una réplica del art. 37.2 CF, y además, con una misma finalidad, atribuir a la potestad reglamentaria los ámbitos no legislativos. *Vid.* BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1999, pág. 332. Por su parte, GARRIDO FALLA interpreta este precepto de forma diferente. Considera que sólo es el "reconocimiento de la potestad reglamentaria independiente", es decir, *praeter legem* pero no *contra legem*, en "Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución", en AAVV.; *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, pág. 45.

³⁶⁷ BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1999, pág. 330.

³⁶⁸ Art. 79.2 del anteproyecto: "En caso de duda sobre el carácter legislativo o reglamentario de una norma, y previo dictamen de la Comisión de competencia legislativa del Congreso y del Consejo de Estado, resolverá el Tribunal Constitucional".

³⁶⁹ Precisamente por esta posibilidad GALLEGU ANABITARTE rechaza el calificativo de reserva reglamentaria y prefiere calificarla como "competencia legislativa limitada, potencialmente ampliable"; *Vid.* GALLEGU ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REIXACH, A.; "Comentario al artículo 97 de la Constitución española", en *Comentarios a las leyes políticas*, vol. VII, ed. O. ALZAGA, Madrid, 1985.

Disposiciones transitorias³⁷⁰. De este modo, el régimen de adaptación del ordenamiento jurídico a la nueva distinción entre ley y reglamento únicamente actuaría respecto a leyes preconstitucionales y la única posibilidad para el Gobierno de impedir, después de promulgada la Constitución, la intromisión de una ley en el ámbito que le está reservado consistiría en utilizar el procedimiento del art. 79.2 del anteproyecto, pero no actuaría el mecanismo de la deslegalización.

El mecanismo de la deslegalización descansa en la elaboración por el Gobierno, después de un informe del Consejo de Estado, de una lista de leyes que regularan materias que ahora conforman el nuevo ámbito del reglamento. En consecuencia, los decretos podrían modificar estas leyes dos meses después que el Congreso fuera consultado. Durante este período el Congreso podría o bien recurrir ante el Tribunal Constitucional para impugnar el carácter reglamentario de la materia o bien *apropiarse de la materia* usando las facultades que le confiere el art. 72.a).

El conjunto de todo este dispositivo tiene como objetivo evidente separar el ámbito de la ley y del reglamento mediante la enumeración de una serie de materias reservadas a la ley y la atribución al reglamento de una competencia residual. Con este fin se establece un procedimiento para sancionar los desbordamientos de la ley de su ámbito material invadiendo el ámbito reglamentario. De este modo, la potestad del ejecutivo se encuentra definida y protegida contra las intromisiones de la ley. Por otra parte, la capacidad del

³⁷⁰ Aquí la diferencia del caso francés es evidente. El art. 37.2 prevé una posibilidad de deslegalización permanente, únicamente varía el procedimiento en función del carácter pre o post constitucional de la ley.

Disposición Transitoria 1ª. 1. La legislación vigente que con arreglo al artículo setenta y dos de la presente Constitución regule materias de carácter reglamentario, será objeto de catalogación por el Gobierno, previo informe del Consejo de Estado.

2. El Gobierno podrá derogar o modificar cada una de dichas leyes por decreto, previa consulta al Congreso durante el plazo de dos meses, en el cual este podrá ejercer la facultad

legislativo de delimitar su propio campo de intervención se ve extremadamente limitada por la existencia de la reserva reglamentaria, pues bajo la misma el Gobierno posee un poder de reglamentación autónomo que no procede directamente de la ley.

Un último aspecto que queremos señalar con relación a esta reserva reglamentaria, entendida como espacio normativo atribuido al Gobierno protegido en su integridad, es su incidencia sobre la reserva de ley. Si la reserva de ley cumple siempre la función de atribuir unas materias a la ley preservándolas de la intervención directa del ejecutivo, en estos supuestos en los que esta institución se yuxtapone con una reserva reglamentaria, deviene también una norma restrictiva de la *soberanía* de la ley, en tanto que limita las materias que este tipo de norma puede regular. Estas consideraciones pueden explicar el calificativo de *reserva negativa de ley* utilizado en ocasiones para designar este concepto³⁷¹ por el efecto de delimitación y limitación de la potestad legislativa³⁷², en contraposición a la *reserva positiva de ley* que congelaría una atribución competencial sin sancionar los posibles desbordamientos.

4.2. EL RECHAZO DE LA RESERVA REGLAMENTARIA

El anteproyecto de Constitución junto a los votos particulares de los distintos grupos parlamentarios pasó a ser discutido por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, quien emitió un dictamen que fue aprobado, tras el trámite de presentación de enmiendas, por el Congreso de los Diputados en la sesión del 21 de julio de 1977.

prevista en el apartado a) del artículo setenta y dos, salvo siempre la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional.

³⁷¹ Así, Informe de la Ponencia publicado en el BOC, núm. 82, 17 de abril de 1978.

Los ponentes representantes del PCE-PSUC y del PSOE proponían la supresión de los arts. 72 y 79³⁷³. A estos votos particulares cabe añadir las enmiendas núm. 524 del grupo parlamentario mixto y la núm. 410 del grupo socialista³⁷⁴. Este último pretendía, concretamente, y una vez eliminada la reserva de ley del art. 72 el cambio de los dos apartados del art. 79 por el siguiente enunciado:

“El Gobierno ejerce la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes y en materia de organización administrativa”

De este modo, el poder reglamentario quedaría estrictamente enmarcado por las leyes, que era lo que deseaban los partidos de izquierda, con excepción de los llamados reglamentos *ad intra*, que de todas formas poseen un campo de intervención y unos efectos jurídicos limitados a la esfera interna de la administración. En ningún caso deseaban un espacio normativo reservado al poder reglamentario.

Después del examen de las enmiendas y de los votos particulares, los arts. 72 y 79 fueron suprimidos a pesar de la hostilidad de la derecha³⁷⁵ y la voluntad de UCD de mantener algún mecanismo de reserva reglamentaria³⁷⁶. De este modo, antes del comienzo del debate en Comisión, el informe de la Ponencia, resultado del examen de las enmiendas anteriores, propone ya el rechazo de

³⁷² Así, la reserva de ley instituida por el art. 34 CF ha sido calificada como *reserva negativa de ley*, por CASCAJO, J.L. y GARCÍA ÁLVAREZ, M.; *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 220.

³⁷³ BOC, núm. 44, pág. 705, 715-716.

³⁷⁴ BOC, núm. 44, pág. 723.

³⁷⁵ El informe de la Ponencia destaca que el grupo AP se opuso expresamente, BOC de 17 de abril de 1978, pág. 1560.

³⁷⁶ Informe de la Ponencia BOC 17 de abril de 1978, pág. 1564 y 1567. Igualmente, BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1999, pág. 331.

la institución de la reserva reglamentaria mediante la supresión de los arts. 72 y 79³⁷⁷. La cuestión de la reserva reglamentaria y de la reserva de ley ya no vuelven a ser discutidas durante la restante tramitación parlamentaria.

4.2.1. Causas que motivaron el rechazo

Para PECES BARBA fue un "éxito parlamentario y democrático"³⁷⁸. Esta reflexión es característica de una de las explicaciones que presidió la supresión de la reserva reglamentaria: "en un Estado de Partidos el ejecutivo es muy fuerte frente al legislativo"³⁷⁹, hecho que hace referencia a la relación solidaria que existe, en un régimen parlamentario, entre el gobierno y la mayoría parlamentaria de la que emana³⁸⁰. Así, la limitación de las facultades del órgano directamente representativo y la correlativa atribución de capacidades normativas aumentadas para el ejecutivo era considerada una curiosa reminiscencia del franquismo, aunque ciertamente la influencia del texto francés no puede dejarse de señalar. Este es el motivo por el que todo obstáculo, aunque sea constitucional, a los poderes de los representantes surgidos del sufragio universal se percibe como una traba a la plenitud democrática.

³⁷⁷ Las enmiendas presentadas al art. 72 Proyecto son indicativas de la supresión de esta técnica del informe final de la ponencia, porque era una continua cascada de incorporaciones y eliminaciones de ámbitos materiales.

³⁷⁸ Vid PECES BARBA, G.; *La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1988, pág. 70.

³⁷⁹ PECES BARBA, G.; *La elaboración de la Constitución*, op. cit. pág. 69.

³⁸⁰ El partido mayoritario y el gobierno forman un bloque cuya cohesión está asegurada por las reglas del parlamentarismo racionalizado. Por ello, no sería necesario incorporar en una Constitución una delimitación Parlamento-Gobierno para disminuir la *soberanía* de la ley respecto a su propia potestad en atención a la realidad política del sistema; más aún si se considera la innecesariedad de la reserva reglamentaria en un sistema en el que el gobierno puede realizar disposiciones normativas con rango de ley como los decretos leyes y los decretos legislativos.

Las principales causas o motivos que se han aducido para justificar la imposibilidad de transponer a nuestro sistema la técnica de la reserva reglamentaria francesa son variadas.

En primer lugar, se ha señalado que la reserva reglamentaria supone una quiebra del principio de legalidad, como pilar fundamental del Estado de derecho, y también del principio democrático, al poner en duda la primacía del Parlamento sobre el Gobierno, puesto que la primacía de la ley no admite otras limitaciones que las constituidas por el contenido mínimo de los derechos fundamentales, lo cual es una exigencia de un sistema democrático³⁸¹. Sin embargo este es un motivo con el que difícilmente podemos estar de acuerdo. Como señala DÍEZ MORENO la reserva reglamentaria no hace quebrar ni el Estado de derecho, ni el Estado social ni el Estado democrático, "ésto sólo ocurrirá si como en el ejercicio de cualquier poder o facultad no se le rodea de las garantías necesarias para evitar todo abuso o extralimitación"³⁸².

Otra de las causas que se han aducido para rechazar de la técnica de la reserva reglamentaria hace referencia al régimen en el que se pretendía instaurar. Así, se considera que esta técnica no puede tener cabida en una Monarquía parlamentaria de carácter monista como la española sino sólo en un régimen dualista como el francés³⁸³. Sin embargo, el poder reglamentario, tanto en Francia como en España, está atribuido al Gobierno a título principal,

³⁸¹ Así, lo expresan GARRIDO FALLA, F.; "Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución", en AAVV.; *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, pág. 45; y PECES BARBA, G.; *La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1988, pág. 69.

³⁸² DÍEZ MORENO, F.; "La reserva reglamentaria y la Constitución española", en AAVV.; *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, pág. 645.

³⁸³ En este sentido DÍEZ MORENO, F.; "La reserva reglamentaria y la Constitución española", en AAVV.; *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, pág. 645-646; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", en AAVV.; *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, DGCE/IEF, Madrid, 1979, pág. 120; GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pág. 50 y GARCIA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 110.

por lo que la *legitimidad* de la reserva reglamentaria no puede fundamentarse en el dualismo y en la elección directa del Presidente de la República, pues la Constitución francesa no le atribuye la potestad reglamentaria³⁸⁴.

El tercer argumento utilizado para rechazar la implantación de la reserva reglamentaria pone el acento en el carácter unitario de Francia en contraposición con el carácter descentralizado de España. Así, el mecanismo de reserva reglamentaria sería incompatible con el Estado autonómico³⁸⁵, como lo demuestra, *a sensu contrario*, la experiencia italiana. La estructura territorial del Estado puede constituir, efectivamente, un límite a la reserva reglamentaria pero no prohíbe, de ninguna manera, su presencia en el texto constitucional³⁸⁶.

Creemos, realmente, que la verdadera razón de la supresión reside en un motivo de oportunidad. Evitar crear una fuente de dificultades que vendrían a añadirse a las ya difíciles relaciones de delimitación de competencias entre el Estado y lo que después serían las Comunidades Autónomas. Durante los debates constituyentes se expresan por parte de diversos grupos políticos la dudosa compatibilidad entre la reserva reglamentaria y la estructura descentralizada que se pretendía dar al Estado³⁸⁷, pues cada instancia política, cada Comunidad Autónoma, podía crear una relación entre ley y reglamento análoga a la que se producía en el Estado central, y la instauración de una reserva reglamentaria debería compatibilizarse con los distintos sistemas de fuentes entrelazados y superpuestos. Al suprimirse la reserva reglamentaria se esfuman de golpe los conflictos de competencia entre legislativo y ejecutivo

³⁸⁴ Vid. SALAS HERNÁNDEZ, J.; "De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho español", en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, pág. 658; BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1997, pág. 336 y TREMEAU, J.; *La réserve de loi...*, *op. cit.*, pág. 87.

³⁸⁵ PECES BARBA, G. *La elaboración de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 69.

³⁸⁶ DÍEZ MORENO, F.; "La reserva reglamentaria y la Constitución española", en AAVV.; *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, pág. 620.

³⁸⁷ Así, enmiendas núms.151 y 152; Cortes Generales, *Trabajos Parlamentarios*, Madrid, 1980, T. I, pág. 548.

cuya complejidad se vería acrecentada por la presencia de las Comunidades Autónomas y se evitan así las potenciales tensiones entre órganos constitucionales. Todos estos motivos, o quizá sólo algunos, llevaron a la Ponencia a suprimir la reserva reglamentaria lo que denota la voluntad de buscar el compromiso que inspira la elaboración de un texto constitucional.

Sin embargo, el rechazo de la técnica de la reserva reglamentaria no presenta sólo un interés puramente histórico. La afirmación del Tribunal Constitucional de que no existe una reserva de este tipo en el ordenamiento español es buena prueba de ello. Por otra parte, permite también resolver la cuestión de los reglamentos autónomos; podemos afirmar que esta categoría de reglamentos no existe en nuestro ordenamiento ya que constitucionalmente no se atribuye al ejecutivo ningún espacio normativo. Sin embargo, el problema se traslada a la cuestión de los reglamentos independientes, como tendremos ocasión de comprobar.

PARTE II. RESERVA DE LEY Y CONSTITUCIÓN NORMATIVA

CAPITULO IV. RESERVA DE LEY Y SISTEMA NORMATIVO

1. LA RESERVA DE LEY EN EL SISTEMA DE FUENTES

1.1. INTRODUCCIÓN

La dimensión constitucional del sistema normativo o, lo que es lo mismo, el establecimiento de las fuentes del derecho en el seno de una Constitución normativa comporta que la ley, como norma subordinada, esté sometida a las prescripciones constitucionales. Frente a la anterior situación en la que la regulación general de las fuentes se contemplaba en la mayor parte de los estados europeos, en el Código Civil como código de derecho común³⁸⁸, en la actualidad es la propia Constitución la norma que establece el conjunto de reglas relativas a las fuentes del derecho, la *norma normarum*, lo cual ha hecho desplazar al legislador en esta función, dejando de ser el ordenador principal del sistema de fuentes, pues tanto él como el ejecutivo se encuentran vinculados por la previsión de poderes normativos que efectúa directamente la propia Constitución³⁸⁹.

Es precisamente en este marco que pretendemos abordar el estudio sobre la reserva de ley. No se nos escapa, sin embargo, la dificultad del mismo,

³⁸⁸ DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional...*, *op. cit.* pág. 83. Lo cual era el resultado de la consideración de la ley como norma suprema y de la debilidad del sistema de fuentes establecido en una Constitución.

³⁸⁹ Esta mutación impuesta por el texto constitucional –el traslado del sistema normativa de un nivel legislativo a un nivel constitucional- recuerda, en cierta medida, la transformación de la teoría de las libertades públicas en la teoría de los derechos fundamentales: mientras que las libertades públicas eran exclusivamente establecidas para limitar la acción del ejecutivo, los derechos fundamentales se imponen y vinculan también al legislador, constituyendo límites o prohibiciones a su actividad normativa.

dificultad que se ve agravada quizás, por la utilización de unos conceptos y categorías dogmáticas que pertenecen al derecho público del siglo pasado, y que en algún caso, se adaptan con dificultad a las actuales exigencias derivadas de la nueva estructura constitucional, que consagra una pluralidad de fuentes, provenientes de diversos órganos con capacidad normativa, que mantienen entre sí unas complejas relaciones y por encima de las cuales se sitúa la Constitución en una posición de superioridad que supone un límite a la actuación del legislador democrático y cuya supremacía viene garantizada por la existencia de una jurisdicción constitucional. En este contexto debe situarse la institución de la reserva de ley.

La Constitución española de 1978 no concentra en un único artículo las materias reservadas a la ley, sino que a lo largo de su articulado realiza numerosas remisiones a la ley, después de enunciar en su artículo 66 que las Cortes Generales "ejercen la potestad legislativa del Estado"³⁹⁰. Ciertamente, estas remisiones se realizan de forma diferente, unas veces se remite a la ley orgánica, en otros casos no se especifica, y además la forma de remitir a la ley varía, lo que ha fundamentado una eventual diferenciación de la intensidad de la reserva –que ha dado lugar a la incorporación de la distinción entre reserva absoluta y reserva relativa propia de la doctrina italiana³⁹¹. De hecho el número de disposiciones constitucionales que disponen o parecen disponer una

³⁹⁰ A. SERRANO ha contado un total de 108 casos en los que se realiza una llamada a la ley. Este autor realiza una clasificación de los reenvíos en función del sector que trata, en "El principio de legalidad: algunos aspectos problemáticos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20, 1979, pág. 85 y sg. También VILLAR EZCURRA, J.L. "Materias reservadas y Constitución española", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979, vol. III, pág. 2077, realiza una enumeración de este tipo.

³⁹¹ Sin embargo, también es posible hablar de otros diferentes tipos de reserva que existen en nuestro ordenamiento en función del grado de condicionamiento que impone la propia Constitución: reserva formal (53 CE, destinatario el legislador parlamentario) y reserva material (supuestos en los que la Constitución reserva no a la ley sino a un concreto tipo de ley, caso de la Ley electoral –art. 70.1 CE- o de la Ley de Presupuestos – art. 134 CE- a la que le impone además un determinado contenido y que en principio es fruto del ejercicio de una función diferente a la legislativa, la función presupuestaria). Por otro lado, VILLAVERDE señala que cuando la reserva de ley se proyecta no sobre la indisponibilidad de la competencia del legislador sino sobre la *forma* jurídica destinataria de la misma, en el sentido de que debe ser esa concreta forma jurídica y no otra la que regule la materia reservada, se está en presencia de una *remisión expresa imperativa*. Vid. *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 100.

reserva de ley es ciertamente impresionante, hasta el punto que una eventual distinción entre verdaderas reservas y simples remisiones a la ley no ayuda a simplificar la identificación y como mucho puede llegar a reducir los supuestos en dos o tres³⁹². La cuestión que debemos plantearnos es si todas estas remisiones que la realiza la Constitución a la ley constituyen auténticas reservas de ley; es decir, se trata de identificar en el texto constitucional las reservas de ley. Pero para responder a esta cuestión debemos también definir los límites de esta institución y delimitarla, en la medida de lo posible, respecto al principio de legalidad.

1.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY

La relación entre la institución de la reserva de ley y el principio de legalidad puede ser calificada de compleja, aunque esa complejidad se tenga su causa en la inserción de la noción de reserva relativa; noción que, como después tendremos ocasión de comprobar, no tiene ningún fundamento constitucional y es fruto de la necesidad, práctica aunque comprensible, de no endurecer todo el sistema normativo mediante la exigencia de una total, completa y exhaustiva disciplina legislativa sobre una materia.

1.2.1. Las diferentes acepciones del principio de legalidad

El principio de legalidad es una noción que ha recibido por parte de la doctrina y jurisprudencia múltiples significados. La doctrina italiana llega a distinguir tres acepciones diferentes: el principio de legalidad como preferencia de ley; el

³⁹² Sin embargo, si que parece existir un cierto consenso en la identificación de una concreta reserva de ley que ocupa un lugar preponderante con relación a otras reservas. El artículo 53.1 CE dispone que "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el

principio de legalidad en sentido formal y el principio de legalidad en sentido sustancial³⁹³.

1.2.1.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO NO CONTRARIEDAD A LA LEY

El principio de legalidad como no contrariedad indica la preeminencia de la ley respecto a los actos del poder ejecutivo³⁹⁴. Ello supone, desde el punto de vista de las fuentes del derecho, que los reglamentos pueden contener cualquier disposición normativa mientras no contradigan las disposiciones legales vigentes. Se trata pues, del contenido mínimo del principio de legalidad, expresión de la supremacía jerárquica de la ley y que Otto MAYER calificó como *preferencia de ley*³⁹⁵. El reglamento sólo tiene la obligación de no vulnerar las disposiciones legislativas.

En este sentido, podemos entender que lo que se denomina *preferencia de ley* puede ser expresado en términos de jerarquía: la ley se encuentra supraordenada al reglamento y el reglamento subordinado a la ley, porque en caso de contradicción la norma legal prevalece sobre la reglamentaria³⁹⁶. Sin embargo, esta concepción del principio de legalidad no nos dice nada respecto

ejercicio de tales derechos y libertades". Este precepto viene a instituir, indudablemente, una reserva de ley en materia de derechos fundamentales.

³⁹³ Sobre las tres acepciones del principio de legalidad, *vid.* MERZ, S. "Osservazioni sul principio di legalità", en *RTD*, núm. 4, 1976, pág. 1363; FOIS, S., "Legalità (principio di)", *Enciclopedia del diritto*, pág. 666; CARLASSARE, L.; *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padua, 1966, pág. 113 y sg.

³⁹⁴ Tanto de actos generales y abstractos (reglamentos) como de actos concretos y particulares, los denominados actos administrativos. *Vid.* ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turin, 1992, pág. 44.

³⁹⁵ La fórmula y el concepto de preferencia –*Vorrang*– se encuentra en MAYER, O.; *Le droit administratif allemande*, V. Giard et E. Brière éditeurs, Paris, 1903, pág. 89.

³⁹⁶ Así, la esencia de este entendimiento del principio de legalidad se encuentra en el contraste entre fuentes de diferente rango –ley y reglamento– y se resuelve con la prevalencia de la fuente considerada de mayor rango (*lex superior*).

a la cuestión fundamental de si debe existir necesariamente una ley para la adopción de un reglamento³⁹⁷.

1.2.1.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO FORMAL

En la segunda acepción del principio de legalidad entendido en un sentido formal, se establece esta exigencia: la necesidad de una base legal para el ejercicio del poder reglamentario. La actuación del reglamento está condicionada a una *interpositio legis*, sin la cual el ejecutivo no puede realizar sus facultades normativas. La legalidad así entendida supone no sólo que el ejecutivo respete la ley sino que debe fundarse específicamente sobre la base de una ley o conjunto de leyes determinadas para que el reglamento sea considerado válido. La subordinación del reglamento a la ley incorpora necesariamente un aspecto negativo, puesto que como en el caso anterior no puede contrariar a la ley, pero incluye también una dimensión positiva, en tanto que la ley sirva necesariamente de soporte y sea previa a la emanación del reglamento³⁹⁸. El legislador condiciona así, toda regulación reglamentaria y el ejecutivo no puede regular libremente un sector carente de elementos legislativos. Pero la exigencia de una ley previa es de simple mediación formal, sin necesidad de que contenga una determinada regulación, de aquí el calificativo de principio de legalidad formal³⁹⁹.

³⁹⁷ Los partidarios de esta concepción del principio de legalidad como simple compatibilidad son minoritarios y justifican su postura atendiendo a la llamada "crisis de la ley" lo cual supone un aumento de las prerrogativas del ejecutivo. Destacan en la doctrina italiana CHELI, E.; *Potere regolamento e struttura costituzionale*, Padua, CEDAM, 1967; y PIZZORUSSO, A. "La disciplina dell'attività normativa del Governo", *Le regioni*, núm. 3, 1987, pág. 330-337.

³⁹⁸ ZAGREBELSKY, que opta al entendimiento del principio de legalidad formal, considera que la existencia de esta norma legislativa que instituye el poder reglamentario no puede realizar una habilitación general y abstracta sino que debe ser dada de forma específica, pues de otro modo se consentiría un dualismo en el poder normativo incompatible con la actual estructura constitucional italiana, *vid. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turin, 1992, pág. 50-52.

³⁹⁹ La cuestión que adicionalmente se plantea es analizar si existe, en línea de principio, un poder reglamentario autónomamente fundado que encuentra, ocasionalmente, límites allá donde existe una ley o bien es necesario que tal poder sea instituido en concreto por la ley. La respuesta a esta cuestión depende del concreto ordenamiento constitucional. Así, FOIS considera que en un ordenamiento democrático representativo monístico que reconoce una sólo base originaria del poder expresado en la organización constitucional, no hay espacio para poderes normativos autónomamente

1.2.1.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO SUSTANCIAL

Finalmente, en la tercera acepción el principio de legalidad no se presenta solamente como un límite frente al reglamento sino que también como un límite al propio legislador. Esta acepción del principio requiere no solamente la existencia de una ley previa a todo reglamento sino también que esta ley tenga un contenido mínimo que sirva para limitar los poderes conferidos a la Administración. La propia ley se encuentra vinculada no pudiendo autorizar la intervención del reglamento sin haber previamente establecido una regulación sustancial, concretando por sí misma las reglas de fondo que vinculen al Gobierno. Ello implica la intervención *sustancial* del legislador que no puede limitarse a una intervención intermediaria, únicamente formal, por eso su calificación como principio de legalidad sustancial⁴⁰⁰.

Sin embargo, en contra de la aceptación general de este significado del principio de legalidad recae un argumento decisivo, puesta esta concepción comportaría una reserva general de ley, en el sentido de que a esta fuente le estaría reservada la disciplina, al menos en los aspectos fundamentales, de todas las materias que puedan ser objeto de regulación jurídica, con lo cual sería incompatible con las concretas y específicas reservas de ley establecidas por la Constitución. Sin embargo, esta exigencia de regulación sustancial por ley sólo viene establecida por la Constitución en algunos casos, numerosos, ciertamente, pero no tanto como para agotar todo el universo normativo. Por otro lado, si se considera que la reserva de ley repercute fundamentalmente en

fundados en concurrencia con la ley, *vid.* "Legalità (principio di)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 648 y sg.

⁴⁰⁰ Esta concepción del principio de legalidad sólo es posible en un sistema en el que el legislador no es omnipotente sino que se encuentra subordinado a la Constitución. Por ello, esta versión del principio de legalidad es desconocida durante el siglo XIX donde era admisible que la ley habilitase al Gobierno para el ejercicio de plenos poderes, plenos precisamente, porque no delimitaba el contenido. La defensa del principio de legalidad sustancial puede encontrarse en CARLASSARE, L.; "Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare", en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1990, pág. 14 y ss.

las relaciones entre el Estado y el ciudadano, además de otros posibles sectores políticos de particular importancia, se puede concluir que, aunque no constitucionalizado en general, el principio de legalidad sustancial coincide en lo esencial con la institución de la reserva de ley⁴⁰¹.

1.2.2. Su plasmación en el derecho positivo

Una vez analizados los diferentes significados del principio de legalidad debemos preguntarnos por cuál de ellos opta nuestro derecho positivo. Ciertamente, el reconocimiento de dicho principio se realiza en el art. 9.3 CE pero sin añadir ni concretar nada al simple enunciado, por lo que debemos buscar su concreción a lo largo del articulado constitucional y en otras disposiciones normativas.

El principio de legalidad entendido como no contrariedad con la ley viene enunciado en diversas disposiciones legislativas. Así, el art. 23 de la ley del Gobierno (50/1997, de 27 de noviembre) se establece que los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, *ni infringir normas con dicho rango*. También el art. 6 de la LOPJ parece consagrar esta acepción cuando impone que los jueces y tribunales *no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*. Sin embargo, como ya se ha señalado más arriba esta concepción del principio de legalidad viene a ser expresión del principio constitucional de

⁴⁰¹ Estas distinciones realizadas por la doctrina italiana para abordar el estudio del principio de legalidad provienen de la clasificación operada por CH. EISENMANN, "Le droit administratif et le principe de légalité", en *EDCE*, 1957, pág. 23-40. Partiendo de la idea que el principio de legalidad es un elemento regulador de las relaciones entre la ley y el reglamento este autor distingue estas relaciones según el ángulo de la compatibilidad o conformidad. Si se analizan estas relaciones bajo el prisma de la compatibilidad, la Administración podrá dictar válidamente todas las disposiciones que desee, incluso si no están previstas en la regulación legislativa, con la condición de que no contradigan ninguna ley, porque "*là où il n'existe pas de loi, il ne peut y avoir d'illégalité*" (pág. 31). Si se analizan bajo el ángulo de la conformidad, la Administración sólo podrá dictar las disposiciones que hayan sido previstas y autorizadas por la legislación. En un caso el reglamento puede hacer todo lo que la ley no le prohíbe, en el segundo sólo puede hacer lo que ella prevé. De este modo se señala que la amplitud del poder reglamentario depende de la significación que se adopte del principio de legalidad.

jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 CE, y no aporta nada a la cuestión de la necesidad de una ley para la adopción de reglamentos.

No menos controvertida es la cuestión de la consagración del principio de legalidad en sentido formal. Esta tesis implica que el reglamento siempre debe encontrar un fundamento en una ley ya que el ordenamiento jurídico lo consagra o lo define como norma secundaria. Cuando la Constitución reconoce en su art. 97 que el Gobierno ejerce *la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*, o el art. 106 CE atribuye a los tribunales ordinarios el control de la potestad reglamentaria y configura a la ley como parámetro de validez de la actividad administrativa (art. 103), parecen estar consagrando el carácter de norma secundaria del reglamento, lo cual implica que estas disposiciones normativas no pueden ser autosuficientes sino consecuencia del seguimiento de un proceso de *integración*⁴⁰² iniciado por la ley, en los casos y con los límites determinados por la norma legislativa⁴⁰³. La exigencia constitucional de una posibilidad de control de los reglamentos supone la existencia de una norma previa, apta para constituir un parámetro de confrontación que permita juzgar la validez del acto normativo del ejecutivo⁴⁰⁴. La necesidad de permitir un control jurisdiccional efectivo de los actos reglamentarios implica que la ley desarrolle las prescripciones suficientes para enmarcar el ejercicio del poder reglamentario.

⁴⁰² El término se adopta de ZAGREBELSKY, G. *Il sistema delle fonti del diritto*, op. cit., pág. 51.

⁴⁰³ Para GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; "El principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, pág. 20-24, el principio de legalidad del 9.3 CE es expresión de la "interdicción de la arbitrariedad". DÍEZ-PICAZO deriva de la previsión de los arts. 103.1 y 117.1 CE el entendimiento del principio de legalidad como *principio de juridicidad o de normatividad*; en "Concepto de ley...", op.cit. pág. 84 y ss. (en idéntico sentido DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, op. cit., pág. 160), aunque extiende la aplicación del mismo no sólo a las relaciones entre poderes públicos y entre ciudadanos y poderes públicos, sino también a las relaciones *inter privados*.

⁴⁰⁴ En este sentido se pronuncia también CARLASSARE, L.; "Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare", en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1990, pág. 20, respecto a la previsión del art. 113 de la Constitución italiana.

Sin embargo, no creemos que el fundamento legislativo del poder reglamentario deba ser individualizado caso por caso; es decir, que el principio de legalidad comporte la exigencia de una autorización concreta, especialmente en el caso de que el ejecutivo dicte espontáneamente reglamentos estrictamente ejecutivos de una ley. En este caso, el contenido ejecutivo del reglamento, es decir, la ausencia de disposiciones innovadoras respecto a las contenidas en la ley, permite pensar que entra dentro de la potestad institucional del Gobierno, en tanto que poder ejecutivo, reconocida por la Constitución⁴⁰⁵. Así, enmarcado por las leyes existentes y las futuras – pues el legislador puede intervenir en cualquier momento sobre cualquier sector normativo, puesto que no hay un ámbito reservado al ejecutivo- y limitado por las reservas de ley el ejecutivo puede siempre dictar reglamentos que no contradigan las disposiciones legislativas atendiendo al principio de jerarquía normativa.

La concepción más difícil de encuadrar sea quizá, la de la legalidad sustancial atendiendo a la existencia de reservas de ley. Ambos principios, el de legalidad y el de reserva tienden a un resultado similar, puesto que representan un límite al poder discrecional del legislador y le imponen una regulación suficiente y previa a toda remisión al poder reglamentario. Es por ello que se cuestiona si el principio de legalidad sustancial no absorbe al de reserva⁴⁰⁶.

Este entendimiento del principio de legalidad sustancial puede conducir a negar sentido a las reservas de ley existentes en nuestra Constitución. Si el constituyente se ha tomado el cuidado de establecer unas reservas de ley es porque fuera de ellas el legislador no tiene las mismas exigencias; de otro

⁴⁰⁵ Este análisis se aproxima al pensamiento de CARRÉ DE MALBERG; el reglamento extrae su validez precisamente de su carácter *secundum legem*, bien porque es ejecutivo de la ley, bien porque se ha realizado en su ejecución.

⁴⁰⁶ Sobre la necesidad de diferenciar con nitidez entre el principio de legalidad, principio de reserva y primacía de la ley se ha pronunciado TORNOS MAS en "La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia

modo, pudiera deducirse que existen prescripciones constitucionales carentes de utilidad⁴⁰⁷. Puede señalarse, ciertamente, que no existe ninguna disposición constitucional que prohíba al Parlamento, fuera del ámbito de las reservas de ley, habilitar al ejecutivo para actuar sin estar obligado a establecer un mínimo de regulación.

Sin embargo, puede realizarse una interpretación *a fortiori* del art. 82 CE. Este precepto establece que el legislador debe precisar el objeto y alcance de la delegación legislativa estableciendo los principios y criterios que deben seguirse para la adopción del decreto legislativo. De este modo, lo que parece no ser admisible para la legislación delegada (el gozar de un total poder discrecional) menos debe serlo para el reglamento teniendo en cuenta su condición de fuente secundaria⁴⁰⁸. No obstante, creemos, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, que la *vigencia* de un principio de legalidad sustancial en nuestro ordenamiento debe limitarse en su aplicación a supuestos muy específicos y no debe ser considerado como un criterio general. Ciertamente, el principio de legalidad y el de reserva se mueven en dos planos paralelos pero diversos, y ambos coinciden en el objeto: limitar la libertad de acción del ejecutivo⁴⁰⁹.

1.2.3. Reserva total *versus* pluralidad de reservas

En una primera aproximación en la definición de la reserva de ley podemos decir que esta institución existe en todos aquellos casos en los que la Constitución

constitucional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pág. 477; y en "El principio de legalidad en la doctrina jurídica española", en *Diritto Pubblico*, núm. 1, 1995, pág. 57 y sg.

⁴⁰⁷ Vid. DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 155 y sg; y 234 y sg. RUBIO LLORENTE señala que la categoría de reserva "sólo es posible si frente o junto a las materias reservadas existen otras que no lo están", en "El principio de legalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pág. 31.

⁴⁰⁸ Un desarrollo de estas críticas puede consultarse en FOIS, S.; "Legalità (principio di)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, pág. 674.

⁴⁰⁹ Así se pronuncia SORRENTINO, F.; *Lezioni sulla riserva...*, *op. cit.* pág. 37.

establece que la disciplina de una determinada materia sea realizada sólo por ley con exclusión, por tanto, de actos normativos diferentes, fundamentalmente del reglamento (aspecto negativo de la reserva)⁴¹⁰.

La primera cuestión que debemos abordar se refiere a si la Constitución ha consagrado, efectivamente, una auténtica reserva de ley. El profesor GARRORENA MORALES analiza y describe el lugar reservado a la ley por la Constitución⁴¹¹ y considera que cuando la Constitución incorpora preceptos que imponen el recurso a la ley no todos ellos establecen reservas de ley sino que en muchos casos se trata de una simple aplicación del principio general de legalidad.

GARRORENA retoma la definición originaria de la reserva de ley y considera que esta institución tiene por objeto identificar las materias sustraídas a la regulación inicial del ejecutivo, pero fuera de este espacio reservado éste puede intervenir libremente. La reserva de ley actúa así de frontera entre los poderes normativos del legislativo y del gobierno⁴¹². De aquí deduce que únicamente las materias reservadas a la ley tienen por objeto una regulación legislativa inicial estando las demás abiertas al ejecutivo.

Sin embargo, también considera que del texto constitucional puede deducirse que no se ha realizado una delimitación material entre el ámbito de la ley y el del reglamento⁴¹³, prueba de ello es el abandono del proyecto de reserva reglamentaria. Es más, entiende que a través del artículo 103 CE –“La

⁴¹⁰ Las razones que pueden sustentar estas previsiones constitucionales son variadas. Así, la concepción de la ley como acto conclusivo de un proceso político amplio en el que están implicadas las diversas fuerzas políticas y sociales (mayoría y minorías) representadas en el Parlamento. O la concepción de la ley como consentimiento del ciudadano, a través de sus propios representantes de las cuestiones que les afectan (derechos de libertad, prestaciones, deberes,...). También, la concepción de la ley como garantía contra el poder ejecutivo. Al respecto *vid.* JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, *op. cit.*, pág. 117-123.

⁴¹¹ GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980, *passim*.

⁴¹² GARRORENA, *El lugar de la ley...*, *op. cit.*, pág. 54.

Administración (...) actúa (...) *con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*"- la Constitución consagra el principio de legalidad en su vertiente más estricta de vinculación positiva del poder ejecutivo a la ley. A partir de aquí deduce que en el ordenamiento edificado por la Constitución de 1978 la ley es la única norma originaria "como previa base legal encargada de poner las decisiones primeras"⁴¹⁴. Ello implica que la intervención del reglamento esté necesariamente condicionada por la existencia de una ley previa⁴¹⁵. Preeminencia que se otorga a la ley y que es conforme al tipo de régimen parlamentario instaurado por la Carta Magna: sólo la ley es la fuente legítima de las decisiones fundamentales⁴¹⁶.

De este modo, el autor hace suya la afirmación del profesor FOIS para quien en un régimen de democracia parlamentaria el principio de legalidad absorbe al de reserva⁴¹⁷. En este marco no existe, porque no puede existir, una auténtica reserva de ley con carácter general. Si desde el principio de legalidad la ley se consagra como norma previa a toda intervención reglamentaria no puede existir una distribución material entre la ley y el reglamento. En estas condiciones la reserva de ley -entendida como reserva de materias excluidas de la regulación inicial del ejecutivo- deviene una institución inútil e impropia puesto que en la definición que utiliza el autor, la reserva se presenta como un elemento distribuidor de competencias normativas. Desde el momento que a la ley se le reconoce la primacía sobre cualquier materia dicha separación no puede existir. No hay lugar para un concepto de reserva de ley sino que el

⁴¹³ *Ibidem*, pág. 84.

⁴¹⁴ GARRORENA; *El lugar de la ley...*, *op. cit.*, pág. 58.

⁴¹⁵ Sobre las implicaciones de la reserva de ley respecto a la posible existencia de reglamentos independientes *vid.* apartado 4 de este capítulo.

⁴¹⁶ *Ibidem*, pág. 72.

⁴¹⁷ FOIS, S.; "Legalità (principio di)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 648 y sg. En el mismo sentido se pronuncia BASSOLS COMA, M.; "Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución", *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, pág. 133 y sg. El autor remarca que en ningún momento la Constitución utiliza el término *reserva* ni concentra las reservas en un único artículo, sino que al contrario, las disemina a lo largo del texto constitucional.

principio de legalidad desplegaría todos sus efectos. Precisamente porque por principio, todas las materias están reservadas a la ley, no existe una auténtica reserva de ley ya que de ser así englobaría todos los sectores normativos. Es decir, la defensa de un concepto de reserva general conduce al principio de legalidad sustancial.

El profesor GARRORENA continúa su argumentación y considera que se trata de un concepto que incorpora en sí mismo una contradicción: la idea de reserva implica una limitación del ámbito atribuido al legislador -porque reduce la actuación del legislador a ese espacio reservado- y, por tanto, no se conjuga con la extensión indefinida que sugiere el calificativo *total*. Por ello, para conservar en su integridad la reserva de ley, es mejor utilizar el principio de legalidad para calificar la situación jurídica de subordinación que la Constitución asigna al poder reglamentario. A tenor de esta explicación únicamente el principio de legalidad determinará el espacio abierto a la ley en nuestro ordenamiento⁴¹⁸.

La tesis de GARRORENA no está exenta de críticas. En primer lugar, porque fundamenta toda su teoría en la concepción primigenia de la reserva de ley, esto es, la originalmente elaborada en los auspicios del conflicto presupuestario prusiano. Sin embargo, actualmente la reserva de ley no tiene ni puede tener el mismo significado. La institución de la reserva de ley define actualmente una potestad normativa mínima y obligatoria del legislador⁴¹⁹ y esto

⁴¹⁸ Las palabras del profesor GARRORENA son las siguientes: "Mas sencillo y a la vez más exacto es definir esa situación diciendo que la Constitución no establece una auténtica "reserva de ley". Ciertamente existe un ámbito referible a dicha norma; pero dada su generalidad, su capacidad de atracción de todo espacio residual, es mejor no pretender expresarlo a través de la idea de reserva. No es este principi, inevitablemente material, sino el "principio de legalidad" en su versión más pura, más formal (=precedencia de la ley, exigencia de previa base legal) el que -según podremos confirmar después- determina el ámbito de la ley en el vigente sistema constitucional español", en *El lugar de la ley...*, op. cit. pág. 60.

⁴¹⁹ El carácter indisponible e irrenunciable de la reserva es remarcado por diversos autores; DE OTTO, I.; *Sistema de fuentes...*, op. cit. pág. 152 y sg; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, op. cit., pág. 785 y sg.; BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria...*, op. cit., pág. 97; y RUBIO LLORENTE, F.; "El principio de legalidad", op. cit., pág. 27. En la doctrina italiana destacan SORRENTINO, F.; *Lezioni sulla riserva di legge*, pág. 61 y FOIS, S.; *La «riserva di legge»*:

es quizá lo que la distingue del principio de legalidad. No se trata así de limitar la actuación del legislador a la regulación de algunas materias, que supondría que el ejecutivo vería así reservadas todas las demás, sino de imponer al Parlamento el ejercicio de una potestad irreductible⁴²⁰.

De este modo, la reserva de ley aparece hoy en día como una institución protectora de la potestad legislativa⁴²¹. Permite determinar la intensidad de la regulación legislativa limitando en los sectores por ella cubiertos la intervención de los reglamentos a una función meramente ejecutiva. Sin embargo, tal como se ha señalado ya en el análisis del profesor GARRORENA la principal dificultad reside en la determinación de sus límites.

1.2.3.1. FUNDAMENTOS QUE PUEDEN JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE UNA RESERVA TOTAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Los argumentos que pueden esgrimirse para fundamentar la existencia de una *reserva total* en nuestro ordenamiento parecen ser de orden práctico. Así, para SANTAMARÍA PASTOR permiten superar las reservas específicas enumeradas en la Constitución y considerarlas como expresión de una fórmula más general

lineamenti storici., op. cit. pág. 294-298, quien destaca la idea de que la Constitución ha establecido con la institución de la reserva un límite intrínseco a la voluntad legislativa. La tesis de la reserva como norma de competencia se encuentra recogida en JESCH, D.; *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978, pág. 126 y ss. Por otro lado, la idea de competencia obligatoria e irreductible nos conduce al tema del *control* en el cumplimiento de esa obligación. Control jurídico que no necesariamente comporta una sanción pero que nos lleva al ámbito de qué se controla -acto normativo-, quién controla, cómo controla, bajo qué parámetros y cuáles son los efectos de ese control. Sobre ello, nos remitimos al Capítulo III.

⁴²⁰ En qué consista esa concreta potestad normativa es algo que examinaremos más adelante. Ahora y en este punto sólo dejar constancia que esa competencia irreductible bien pudiera significar la obligación de regular mediante una concreta *forma jurídica* unas determinadas materias. Por *forma jurídica* se hace referencia al modo externo de manifestarse una norma jurídica en el ordenamiento, con independencia de su contenido, siempre que haya sido creada por ciertos sujetos y de acuerdo con un procedimiento, y a la cual el ordenamiento le atribuye una determinada posición desde la que condiciona la validez o la vigencia de otras normas de ese mismo ordenamiento. Vid VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.; *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 10.

⁴²¹ Ello supone que la reserva de ley es más un límite para el Parlamento que no para la función legislativa que la Constitución le encomienda. En este sentido VILLACORTA MANCEBO, L.; *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 68-69.

implícita en el conjunto de la Constitución⁴²². De este modo se relativiza la importancia de las concretas determinaciones presentes a lo largo del texto constitucional: incluso si el texto constitucional no prevé que la materia deba ser regulada por vía legislativa esta obligación es subyacente en tanto que expresión de la reserva general de ley. El silencio de la Constitución respecto al papel de la ley en la regulación de alguna materia no puede considerarse como la inexistencia de una reserva de ley sobre la misma, sino que refleja simplemente la referencia implícita a la obligación general de respetar la reserva de ley. Ésta se convierte así en una institución abstracta desligada de las materias en las que la Constitución prevé expresamente el recurso a la ley⁴²³. La reserva vendría a ser una de las instituciones o principios -como el de la separación de poderes- sobre los cuales reposa el ordenamiento jurídico y aplicable para todo aquello que afecte a la libertad y propiedad o el libre desarrollo de la personalidad.

DÍEZ PICAZO considera que nuestra Constitución ha impuesto una reserva de este tipo, una reserva general. Según este autor existiría, de forma paralela a las reservas materiales, una *reserva de Parlamento* que justificaría la atribución al legislador de la regulación de las decisiones más importantes para la comunidad que representa. La Constitución asigna únicamente al Parlamento la misión de definir el interés general. Ello se justifica en la medida en que "la democraticidad del Estado en una monarquía parlamentaria implica que el núcleo básico de decisión política y de ordenación de la comunidad total no

⁴²² SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo...*, op. cit. pág. 781. Este autor señala que "en nuestro sistema normativo hay una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos; una reserva que se deriva del derecho fundamental al "libre desarrollo de la personalidad" que el art. 10.1 consagra". Esta idea de una reserva general o global también es defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; *Curso...*, op. cit. pág. 226.

⁴²³ En este sentido, puede señalarse que las Constituciones normativas establecen una interacción entre Estado y sociedad que requiere que el poder público adopte todas las medidas que posibiliten la promoción de la igualdad, vid. DE CABO MARTÍN, C.; "Garantismo y ley material", en ASENSI SABATER, J. (Coord.); *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 43-64. Así, la exigencia de la intervención estatal en la sociedad y especialmente en el ámbito económico es una condición estructural inherente al desarrollo económico y

puede ser otro que el Parlamento"⁴²⁴. Así, incluso en los sectores donde no está previsto expresamente el recurso a la ley éste es obligatorio ya que la ley tiene como misión "la resolución de las cuestiones que afecten verdaderamente a todos los ciudadanos fijando cuál sea el interés general (nacional o regional) en cada sector concreto"⁴²⁵.

El Parlamento no puede ver sustraída su facultad de ejercer la dirección política de la comunidad puesto que sólo él goza de una legitimidad democrática directa. En este punto, esta doctrina se acerca a la teoría alemana de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*), según la cual, todas las decisiones que tienen, por su importancia, un cierto impacto sobre los ciudadanos, deben ser dictadas por sus representantes, esto es, por el Parlamento. En consecuencia, dentro de cada materia la decisión original, primera, pertenece al legislador y el poder reglamentario sólo podrá dictar normas secundarias de desarrollo⁴²⁶. Esta teoría, podría quizá confundirse con la anteriormente expuesta de GARRORENA. Si ambas postulan que la ley tenga reservada la regulación inicial en todos los sectores normativos, la creación de una *reserva de Parlamento* obliga al legislador a ejercer efectivamente sus competencias, mientras que el principio de legalidad sólo implica que pueda encontrarse una base legal en el reglamento. En este último supuesto, el legislador puede *desprenderse* inmediatamente de la materia que debe regular -mediante, por ejemplo, una ley de artículo único que deslegalice la materia- mientras que la reserva de ley supone la exigencia de un contenido mínimo para la ley.

social. De ello puede derivarse que corresponde a la ley la determinación de las políticas globales a través de las cuales se produce la acción estatal.

⁴²⁴ DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.; "Concepto de ley y tipos de leyes. ¿Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 88.

⁴²⁵ DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.; "Concepto de ley y tipos de leyes...*op. cit.* pág. 89.

⁴²⁶ Sobre esta teoría *vid.* BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, *op. cit.* pág. 25 y sg. y doctrina allí citada.

También GARCÍA DE ENTERRÍA se considera defensor de la existencia de una reserva total de ley. Basándose en la previsión del artículo 53 CE, este autor considera que la Constitución ha consagrado la clásica reserva de ley en materia de *libertad y propiedad*⁴²⁷. Con esta expresión pretende resumir de forma sistemática el conjunto de reservas de ley existentes en el texto constitucional y de todo ello extrae la siguiente conclusión: “la creación de derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la Ley en el Estado moderno” y en consecuencia “los derechos y deberes de los ciudadanos no pueden válidamente establecerse en simples reglamentos al margen de la ley y requieren inexcusablemente a ésta como título constitutivo eficaz”⁴²⁸. Siempre es necesaria una ley para imponer cargas y obligaciones al ciudadano y todo acto que intervenga en la esfera de la libertad del individuo debe tener una base legislativa. Existe así una reserva de ley que condiciona toda modificación de la situación jurídica de los ciudadanos. SANTAMARÍA PASTOR coincide en este punto con GARCÍA DE ENTERRÍA. Considera que es posible configurar “una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídico-personal de los ciudadanos”⁴²⁹. Es decir, sólo las normas que no tengan una incidencia directa sobre los individuos no están cubiertas por la reserva general de ley: son los actos jurídicos con efecto interno dentro de la Administración⁴³⁰.

1.2.3.2. FUNDAMENTOS PARA RECHAZAR LA TESIS DE LA RESERVA TOTAL

El principal argumento que utilizan los autores para rechazar la tesis de la existencia de una reserva de ley total en nuestro ordenamiento es precisamente la ausencia de la consagración de forma clara y explícita de una

⁴²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.; *Curso de derecho administrativo I*, Cívitas, Madrid, 1984, pág. 248 y 214.

⁴²⁸ *Ibidem*, pág. 249.

⁴²⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, op. cit., pág. 781.

reserva de este tipo en contraposición con la precisión de las remisiones en algunos preceptos. Así, I. DE OTTO después de constatar la existencia de “un extenso y complejo sistema de reservas específicas” considera que “si la Constitución contiene un sistema así, difícilmente cabe suponer que, además, hay alguna reserva general que no se ha formulado de manera explícita”⁴³¹. Si los constituyentes hubiesen querido consagrar una reserva de este tipo, lo hubieran hecho expresamente, ya que no han dudado a la hora de prever estas reservas en un gran número de casos particulares⁴³².

Como consecuencia de la ausencia de un fundamento textual parece difícil determinar un criterio que permita delimitar la “reserva de Parlamento” de DIEZ-PICAZO. ¿Cuáles son las decisiones esenciales que de forma imperativa deben ser reguladas por vía legislativa? Ante la ausencia de precisiones constitucionales puede observarse lo elástica que puede ser esta noción. Igualmente, la reserva instituida en artículo 53.1 CE sólo hace referencia a los derechos y libertades previstos en el Capítulo II y el conjunto de estos derechos, aún siendo considerados como *fundamentales*, no cubre la totalidad de las posibles situaciones o relaciones jurídicas del Estado con los ciudadanos. Deducir de este precepto una reserva de ley para todo lo que se refiere a la libertad y propiedad “supone forzar los términos del precepto constitucional, llevándolos mucho más allá de su significado”⁴³³. JIMÉNEZ CAMPO observa que una ampliación de este tipo depende de la posibilidad de construir un derecho general de libertad sujeto a la reserva del art 53.1 CE; pero tal derecho no puede tener un contenido esencial, ni siquiera un contenido que

⁴³⁰ Justamente sobre la base de esta concepción amplia de la reserva GARCÍA DE ENTERRÍA rechaza los reglamentos independientes *ad extra*.

⁴³¹ DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 156.

⁴³² En el mismo sentido se pronuncian BALAGUER CALLEJON, F.; *Las Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 109; y REBOLLO PUIG, M.; “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pág. 92-93. La obra más representativa defensora de la idea de una reserva total es la de JESCH *Ley y Administración...*, *op. cit.* Este autor deduce su tesis de la posición suprema del Parlamento como órgano constitucional y del principio democrático.

⁴³³ REBOLLO PUIG, M.; “Juridicidad, legalidad y reserva de ley...”, *op. cit.* pág. 92.

sea necesario ponderar con la invocación de otro interés constitucionalmente tutelado⁴³⁴.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las diferencias entre las diversas reservas de ley específicas y la reserva de ley del artículo 53.1 CE. Así, en la STC 83/1984, de 24 de julio, después de señalar el fundamento de la institución de la reserva de ley que es *“el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes”* y lejos de vincular la reserva general del art. 53.1 con las reservas específicas el TC considera que la reserva prevista en el artículo 36⁴³⁵ -que forma parte del Capítulo II y sobre el cual incide precisamente el art. 53.1- *“es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el artículo 53.1 CE”* (FJ 3). De esta doctrina parece desprenderse que las reservas específicas no se encuentran incluidas en la reserva *genérica* del artículo 53.1 CE, sino que se superponen o adicionan a ella⁴³⁶. En esta misma sentencia el Tribunal cuestiona la existencia de una reserva general. Después de establecer que la regulación de las diferentes profesiones no vulnera la libre elección de profesión u oficio -derecho reconocido en el art. 35 CE- añade que la reserva de ley del art. 53.1 CE no es aplicable al caso. En consecuencia, esta regulación aunque perjudique o afecte al principio general de libertad reconocido en el art. 1.1 CE podrá ser objeto de regulación por normas reglamentarias en función de que exista o no una reserva de ley específica. En el caso que se analizaba la regulación de la profesión farmacéutica forma parte de las “profesiones tituladas” y le es de aplicación la reserva de ley específica del art. 36 CE.

⁴³⁴ JIMENEZ CAMPO, J.; "Comentario del libro «Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes»", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, pág. 319.

⁴³⁵ Art. 36 CE: La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas".

⁴³⁶ ¿Qué no ocurre si la reserva específica se sitúa ya en el Capítulo III, de los Principios rectores de la política social y económica?

Así, parece que el Alto Tribunal se inclina claramente por establecer una distinción entre la reserva de ley genérica prevista en el art. 53.1 CE y las otras reservas de ley específicas sobre materias determinadas. Dicha diferenciación incide, principalmente sobre los poderes del legislador. La reserva de ley del art. 53.1 CE puede ser calificada de *reserva reforzada* en la medida en que establece que la ley, cuya intervención se prevé, deberá respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales del Capítulo II⁴³⁷. Si la reserva específica no establece nada respecto al ejercicio por el legislador de la remisión realizada, éste dispondrá de un poder discrecional más importante⁴³⁸. De esta doctrina puede desprenderse que las reservas específicas de ley actúan como limitadoras de los derechos: en todos los casos en los que se prevé una ley ésta actuaría como limitadora de la previsión general contenida en el derecho, por lo que al límite general de respetar el contenido esencial deberían añadirse los límites concretos que establece la reserva específica⁴³⁹.

De todo ello puede concluirse que tanto sobre la base de nuestra Constitución como de la propia jurisprudencia constitucional se consagra la idea de la

⁴³⁷ Al respecto *vid.* MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO PARDO, I.; *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988; MARTÍN MORALES, R.; "La *interpositio legislatoris* en los supuestos de limitación de derechos fundamentales a través de remisión constitucional expresa al legislador", *op. cit.*; pág. 47; JIMÉNEZ CAMPO, J.; "Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales", en ALZAGA, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española 1978*, T. IV, Edersa, Madrid, 1996, pág. 441-529; y BACIGALUPO SAGGESE, M. y VELASCO CABALLERO, F.; "Límites *inmanentes* de los derechos fundamentales y reserva de ley", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pág. 115-131.

⁴³⁸ Como señala DE OTTO, "las reservas de ley específicas no relativas a derechos fundamentales no están sujetas al límite del contenido esencial que se formula en el art. 53.1", en "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales", en *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.* pág. 98.

⁴³⁹ Aquí puede entreverse uno de los fundamentos de la reserva que serán analizados en el Capítulo III; su actuación como norma protectora o garantista de los derechos fundamentales a la vez que actúa como norma atributiva de potestad normativa. En materias reservadas a la ley y especialmente en materia de derechos, el reglamento no puede en ningún caso, ser expresión de una voluntad política del Gobierno, pues es al Parlamento a quien corresponde señalar las finalidades de la acción estatal, y al poder ejecutivo sólo le corresponde implantar en la realidad, con arreglo a su sentido y finalidad, esas normas; es decir, que el reglamento, en materia de derechos fundamentales que gozan de una reserva de ley se persigue que la disposición del ejecutivo se encuentre *intencionalmente predeterminada* en cuanto a la finalidad de la regulación. En este mismo sentido se pronuncia STARCK en *El concepto de*

pluralidad y especificidad de reservas de ley. La extensión de la reserva de ley a los nuevos ámbitos de la acción estatal, sobre todo de carácter prestacional, deben limitarse a los supuestos que la propia Constitución prevé. Y en este sentido no cabe una interpretación extensiva de la reserva⁴⁴⁰. Además, la consideración de una reserva general de ley para todo aquello que afecte a la libertad, a la propiedad, al patrimonio o al libre desarrollo de la personalidad, privaría de sentido las concretas previsiones constitucionales que establecen reservas de ley y, como señala BALAGUER, pueden llegar a provocar "un debilitamiento de la fuerza normativa de la Constitución" pues se impondría un concepto previo de libertad y propiedad que permitiría extender o disminuir las garantías formales atribuidas como es el caso de la reserva de ley⁴⁴¹.

1.2.4. Elementos para identificar una reserva de ley. Su distinción de los reenvíos a la ley

La primera de las dificultades que debemos abordar es la de determinar el alcance de las diferentes llamadas a la ley que realiza el texto constitucional. En concreto, debemos analizar si estas llamadas implican sólo la intervención de una ley o por el contrario, obligan también al legislador a realizar una regulación efectiva con un contenido mínimo. De este modo, la reserva de ley puede ser entendida de dos maneras: como exclusión en una concreta materia de cualquier norma que no tenga un origen parlamentario aunque sea subordinada a la ley; o como prohibición impuesta al Parlamento de atribuir a otros órganos un poder equivalente al de la ley pero dejando libertad al

ley en la Constitución alemana, op. cit. pág. 411 respecto a la actuación del reglamento en el ámbito de los derechos fundamentales en la LFB.

⁴⁴⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ señala que "Ante la amplitud de materias reservadas y la concurrencia del principio de legalidad, la reserva puede ceñirse a los términos de su concreción constitucional; no necesita ampliarse. Precisamente ello le permite, y aún le impone, ser *absoluta* o al menos, más intensa que el principio de legalidad, cuyo espacio de cobertura es mayor", en *Los controles de la legislación delegada*, CEC, Madrid, 1995, pág. 126-127.

⁴⁴¹ *Vid. Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, 2 vol. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 166.

ejecutivo en la emanación de normas reglamentarias, esto es, normas subordinadas⁴⁴².

Creemos que la elección es clara: la reserva de ley debe considerarse como un límite para el legislador y, como señala la doctrina italiana "*non puo inteso in modo tale da consentire al legislatore di rinunciare a dettare una benche minima disciplina sostanziale sulla materia riservata, e di rinunciarvi a favore di organi non legislativi: cio si risolverebbe in un'auto-spoliazione di quel poter dovere che la Costituzione impone al legislatore nell'interesse della garanzia di particolei situazioni soggettive*"⁴⁴³. Ello significa que la reserva de ley comporta además de una garantía de la ley respecto a otras fuentes, una restricción de la libertad de acción de la ley que no puede sustraerse de sus propias obligaciones normativas a favor de otras fuentes y tiene la obligación de regular sustancialmente la materia que le ha ofrecido la Constitución⁴⁴⁴.

⁴⁴² La cuestión que surge aquí es la de si la Constitución impone algún límite a la creación, por parte del legislador primario, de una potestad normativa secundaria.

⁴⁴³ Notas sobre la sentencia 4/1958, de 18 de enero, FOIS, S.; "Ancora sulla "riserva di legge" e la libertà economica privata", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, pág. 27. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Costituzionale desde su entrada en funcionamiento y sigue pronunciándose en la actualidad. Así, las sentencias núm. 52, de 14 de julio de 1952; núm. 26 de 23 de marzo de 1961; núm. 72 de 8 de febrero de 1991; núm. 333 de 11 de julio de 1991. *Vid.* el comentario a las mismas que realizan BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", en *Enciclopedia diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 1207-1224.

⁴⁴⁴ Esta es una de las principales diferencias. En unos casos, la Constitución se limita a imponer la intervención de la ley sin establecer ningún otro condicionante lo que nosotros denominamos expresión del principio de legalidad –y que la doctrina italiana como *reserva ordinaria*–, en otros establece además unos criterios particulares para el ejercicio de la función legislativa, de carácter procedimental (en el sentido de que el poder legislativo debe ser ejercido con unas modalidades particulares –ley orgánica) o por razones de contenido (ley electoral, Estatuto de los Trabajadores, etc). Ciertamente, el caso de las Leyes orgánicas bien pudiera ser un supuesto mixto puesto que la Constitución impone requisitos de forma y contenido, *vid.* STC 254/1994, de 21 de septiembre en relación con el art. 122 CE, F.J. 4-5). Ciertamente, el carácter *reforzado* de estas auténticas reservas se traduce en una limitación especial (más allá de los límites constitucionales generales) de la libertad de apreciación del legislador; y ello, porque la intervención del legislador no es, por sí misma, garantía absoluta de la tutela de la posición de los individuos y de los grupos sociales; por ello, la exigencia de estos límites y condicionamientos persigue evitar la arbitrariedad de la mayoría.

En cuanto a la ley de presupuestos ésta tiene una naturaleza especial. Cuando el art. 134.1 CE *reserva* a las Cortes Generales el "examen, enmienda y aprobación" de los Presupuestos Generales del Estado mediante ley, está realizando una atribución constitucional de competencias. La palabra *reserva* que utilizamos en este supuesto pretende indicar la atribución al Parlamento, de un poder de intervención, mediante la *forma* ley, que en principio es extraño a la función legislativa, a la función de producir derecho, y es expresión, en cambio, de la función de control político del Gobierno, pues en la preparación y presentación del proyecto de Presupuestos se crea una situación de monopolio del Gobierno. Es mas, cuando la Constitución en su art. 66.2 define o configura las funciones de las Cortes

Sin embargo no todos los reenvíos que la Constitución realiza a la ley generan otras tantas reservas de ley⁴⁴⁵; en muchos casos se trata de la exigencia de una simple determinación legislativa previa expresión del principio de legalidad⁴⁴⁶. En este último caso, la ausencia de una auténtica reserva de ley, se caracteriza por la inexistencia de un contenido mínimo asignado a la ley. Por ello, la obligación constitucional será más atenuada respecto a la que resulte de una reserva de ley ya que no se trata de garantizar la regulación de un sector por un acto legislativo sino de asegurar que la intervención inicial sobre una materia será realizada por el legislador, sin prejuzgar la amplitud de la misma. En el caso de una simple remisión a la ley el objetivo de la previsión constitucional será prohibir la regulación inicial del ejecutivo pero una vez dictada la ley aquél no ve limitadas sus capacidades normativas al desarrollo de las prescripciones legislativas, como ocurriría en un supuesto de reserva. En estos casos la Constitución sólo postula la intervención inicial o primaria de la ley pero no le asigna un espacio mínimo; es decir, que establece un programa normativo no necesariamente realizable únicamente con instrumentos legislativos.

Generales, enumera, de forma separada, la función legislativa de la función de aprobación de los presupuestos. Por ello desde un punto de vista material, la función presupuestaria tiene un significado y unas características propias que la diferencian de la función legislativa. ¿Puede hablarse así, en este supuesto, de una reserva de ley? La intervención de las Cortes Generales, con independencia de que se realice a través de *forma* de ley - que podría no tenerla si la Constitución no lo estableciera expresamente- no tiene por finalidad disciplinar una materia reservada al legislador, sino que, por el contrario, su actuación va dirigida a dar su consenso mediante un concreto acto de aprobación (como también el supuesto de autorización en los tratados internacionales). Es cierto que se trata de una función intrasferible, y en este sentido si que coincide con el principio de reserva de ley, pero por otro lado, sería absurdo que el Parlamento delegara o transfiriera al Gobierno la facultad de autorizar sus propios actos, lo cual significaría o supondría eliminar el control político, alterar los equilibrios entre los poderes y, en definitiva, subvertir la propia Constitución.

⁴⁴⁵ DÍEZ-PICAZO lo expresa con las siguientes palabras: "algunas referencias que la Constitución hace a la *legalidad* o incluso a la *ley* no lo son a la ley formal, sino a la ley en sentido material, según la dicotomía clásica", en "Concepto de ley...", *op. cit.*, pág. 86. En el mismo sentido el FJ 3 de la STC 209/1987 señala con referencia al término *ley* que recoge el art. 14 CE que "*La ley ante la cual el art. 14 de la nuestra Constitución impone la igualdad, es desde luego, en principio, la ley en sentido material, la norma jurídica en abstracto, con independencia de su rango...*".

⁴⁴⁶ Aunque, ciertamente, parece existir una cierta confusión sobre todo jurisprudencial. Así, en la STC 101/1988, de 25 de junio, el TC identifica la institución de la reserva de ley con el principio de

De este modo, y únicamente en estos supuestos en los que no existe una reserva de ley, el propio legislador puede delimitar el ámbito del reglamento, esto es, puede proceder a realizar un reparto de potestades normativas entre la ley y el reglamento sobre la materia en cuestión, con el único límite de no vulnerar las prescripciones constitucionales.

Esta dialéctica entre simples remisiones a la ley y auténticas reservas de ley se ha planteado con ocasión de la interpretación del artículo 103.2 CE, a tenor del cual "Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley". A la vista de este precepto y de los amplios poderes tradicionalmente reconocidos a la Administración para autoorganizarse, ¿puede considerarse que este artículo consagra una reserva de ley en materia de organización administrativa? La práctica totalidad de la doctrina está de acuerdo en considerar que, en todo caso, es necesaria una intervención legislativa⁴⁴⁷ y que el principal efecto del artículo 103.2 CE es el de prohibir la utilización del reglamento *praeter legem* sobre el sector de la organización administrativa. ¿Pero atribuye también al legislador una obligación normativa mínima e irreductible sobre la materia?

La práctica legislativa seguida ha sido la siguiente: el art. 11 de la Ley 10/1983, de 16 de agosto, reservó a "una Ley aprobada en Cortes" la creación, modificación y supresión de Departamentos ministeriales, con la intención quizá, de evitar el recurso al Decreto-Ley, que era la fuente utilizada hasta entonces⁴⁴⁸. Por otro lado, el art. 12 y la Disposición Adicional 2ª de la Ley defería a normas reglamentarias la creación o modificación de órganos

legalidad estableciendo que, en ambos casos, se trata de una prohibición de remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada.

⁴⁴⁷ Así lo expresan RUBIO LLORENTE, F.; "Principio de legalidad", *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1993, pág. 120; y BARCELONA LLOP, J.; "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2423-2424 .

inferiores. Posteriormente, la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, autorizó en la Disposición Final 2ª al Presidente del Gobierno para adoptar mediante Real Decreto cualquier decisión de creación o modificación de los Departamentos ministeriales.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del Real Decreto Ley 22/1982, en la STC 60/1986, de 20 de mayo, sosteniendo la constitucionalidad del mismo ya que que la *reserva de ley* contenida en el art. 103.2 CE es una *reserva relativa* que permite la colaboración con el reglamento. Así, en el FJ 2 puede leerse lo siguiente: "la fórmula contenida en dicho precepto -"de acuerdo con la ley"- no es otra que la de la llamada *reserva relativa de ley*". De este modo, la sentencia da validez a la deslegalización realizada por el art. 7 del Decreto-Ley cuestionado, que autorizaba al reglamento para la creación, supresión, modificación o reorganización de algunos órganos inferiores de los departamentos ministeriales. Según BARCELONA LLOP "bajo esta última argumentación late el entendimiento medio confesado de que, efectivamente, en el art. 103.2 no hay una reserva de ley"⁴⁴⁹. En efecto, parece un poco contradictorio proclamar por una parte la existencia de una reserva de ley y por otra, admitir la posibilidad de una deslegalización, que permite abrir al poder reglamentario la regulación de toda o de una parte de la materia, lo cual parece incompatible con la atribución al legislador de una obligación de regulación legislativa mínima: si la reserva de ley existe en este sector, el legislador no puede disponer de ella deslegalizándola; y si el legislador puede renunciar a regular un sector que se había atribuido implícitamente regulando sobre el mismo, es porque la

⁴⁴⁸ Tal como pone de manifiesto RUBIO LLORENTE, *Principio de legalidad*, *op. cit.*, pág. 120-121. Concretamente se trataba del Real Decreto Ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre medidas urgentes de reforma administrativa.

⁴⁴⁹ BARCELONA LLOP, J.; "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)", *op. cit.* pág. 2428.

Constitución no ha establecido la obligación de un mínimo de regulación sobre el mismo⁴⁵⁰.

El TC proclama la existencia de una reserva de ley pero no extrae las consecuencias de la misma censurando la dejación realizada por el legislador mediante la deslegalización. Y el carácter relativo de la reserva no cuestiona la validez de este razonamiento: para el TC este tipo de reserva -relativa- permite los reenvíos al poder reglamentario siempre y cuando se enmarquen estrechamente por las disposiciones legislativas, para que los actos reglamentarios sean aplicativos de éstas. Por contra, bajo el marco de la deslegalización se abre todo un sector al ejecutivo sin predeterminar las facultades que se le conceden ni los límites que se le imponen. El ejemplo del Decreto-ley impugnado es característico en este sentido: al Gobierno se le reconoce y concede la potestad para modificar las estructuras administrativas sin que la ley determine las facultades y condiciones de ejercicio de la misma. Incluso en el supuesto de que efectivamente se trate de una reserva relativa la propia existencia de una reserva es incompatible con la deslegalización⁴⁵¹.

Por todo ello, la posición del Alto Tribunal nos parece contradictoria. Si sobre esta materia recae una reserva de ley, aún admitiendo que puede ser relativa, no cabe la deslegalización; y si ésta es posible es porque no estamos en

⁴⁵⁰ La doctrina italiana ha calificado en alguna ocasión estos supuestos como de *reserva impropia*. La respectiva posición sistemática del Parlamento y del Gobierno en la forma de gobierno se articula, en ocasiones, mediante un reparto de las esferas de intervención entre la ley y el reglamento; es decir mediante una distribución de la función de *indirizzo* entre legislativo y ejecutivo que, en la Constitución se encuentra establecida en términos de reserva de ley por razones históricas. *Vid.* al respecto, ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*, pág. 56-57. El caso que el autor pone por ejemplo es el art. 97.1 CI que modifica la tradicional competencia exclusiva del ejecutivo en materia de organización de los servicios públicos, estableciendo que los mismos sean organizados según las disposiciones legales; lo cual es considerado como *reserva impropia*, puesto que en realidad prevé una distribución de competencias y al lado de la reserva de ley una reserva de reglamento.

⁴⁵¹ BASSOLS COMA, M.; "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, núm. 88, 1978, pág. 107-153; y en AAVV.; *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979; mantiene una posición ambigua y considera que "aquellos aspectos que afectan a la *potestas instituendi* entran de lleno en la reserva absoluta de ley" añadiendo que "cabe admitir en determinados niveles una deslegalización de materias a efectos operativos (por ejemplo, las escalas inferiores de los Departamentos ministeriales)", pág. 331.

presencia de una auténtica reserva de ley. Atendiendo a esta posible contradicción, BARCELONA LLOP considera que la decisión del Tribunal se limita a consagrar la exigencia y necesidad de una ley previa en la materia, pero nada más, considerando por ello, que es impropio el uso del término reserva de ley que realiza el Tribunal⁴⁵². Si el TC admite la deslegalización, consecuentemente debe entender que el art. 103.2 se traduce en una simple invocación constitucional a la ley que se entiende satisfecha por la presencia de una ley y que no prejuzga en ningún caso un grado de regulación de la materia por el legislador. Sobre esta materia el legislador dispone de un poder discrecional para definir el *modo de regulación*: puede crear él mismo una estructura administrativa o autorizar la creación de esas estructuras al poder reglamentario. Como la Constitución no impone ningún contenido mínimo a la ley la deslegalización es posible.

Así, según esta tesis, el art. 103.2 sólo impondría la existencia de una ley previa a toda intervención reglamentaria. Lo cual no es sino la exigencia clásica del principio de legalidad⁴⁵³. Así lo entiende también RUBIO LLORENTE, para quien "la interpretación que en la práctica se ha impuesto sobre la creación de órganos administrativos, perfectamente congruente con el principio de legalidad no lo es, por el contrario, con la noción de reserva"⁴⁵⁴. Y la colaboración del reglamento, fruto de una habilitación general, no es una simple colaboración con el legislador, puesto que el poder reglamentario actúa con plena libertad. "Se trata del juego normal del principio de legalidad y llamar a esto "reserva relativa" es reducir a la nada la noción misma de reserva"⁴⁵⁵.

⁴⁵² BARCELONA LLOP, J.; "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)", *op. cit.* pág. 2426 y sg.

⁴⁵³ La confusión entre reserva relativa y principio de legalidad ha sido también señalada por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; *Los controles de la legislación delegada*, *op. cit.* , pág. 124-125.

⁴⁵⁴ RUBIO LLORENTE, F.; "Principio de legalidad", *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, *op. cit.* pág. 120.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pág. 121.

De este modo, y siguiendo las conclusiones de BARCELONA LLOP, en la Constitución podemos encontrar tres tipos de situaciones en relación con la ley:

- Una reserva de ley, cuando la Constitución atribuye un ámbito material al legislador.
- Unos simples reenvíos a la ley cuando la Constitución reserva a la ley la intervención inicial sobre una materia pero no impone al legislador una regulación mínima (supuesto en el cual se encontraría el art. 103.2 CE, a pesar de la referencia que la STC realiza a la reserva de ley).
- Supuestos en los que la Constitución no establece ninguna conexión entre la ley y un sector o materia, siendo entonces posible una regulación reglamentaria *praeter legem* siempre que no exista una ley que ya regule esta materia⁴⁵⁶.

¿Sin embargo, cuál es la base que permite diferenciar entre un simple reenvío a la ley y una auténtica reserva de ley? Ciertamente, el fundamento terminológico es insuficiente y en cualquier caso aproximativo si atendemos a la jurisprudencia constitucional. En algunas ocasiones el TC ha interpretado preceptos que incluyen la expresión “*de acuerdo con las leyes*” en el sentido de prohibir una remisión al poder reglamentario demasiado amplia (STC 19/1987, de 17 de febrero; STC 37/1987, de 12 de marzo, que a propósito del art. 33.2 establece que la reserva de ley que consagra este precepto prohíbe toda deslegalización). Por otra parte, de una lectura atenta de la STC 60/1986, de 20 de marzo, puede percibirse que el TC no sanciona la deslegalización resultante del art. 7 del Decreto-ley “*ya que la Constitución no ha reservado expresa y directamente a la ley, la creación, modificación y supresión de (los órganos inferiores de los Departamentos ministeriales)*”⁴⁵⁷. De aquí se deduce que la deslegalización es posible no porque se trate de una reserva relativa de

⁴⁵⁶ BARCELONA LLOP, J.; “Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)”, *op. cit.* pág. 2430.

⁴⁵⁷ F.J. 2.

ley sino porque no existe una reserva de ley referida a la creación o supresión de los órganos inferiores de los ministerios⁴⁵⁸.

De este modo, puede concluirse que los supuestos de meros reenvíos a la ley no conllevan un reparto de atribuciones entre la ley y otras fuentes, sino una simple indicación al legislador para que discipline de una cierta forma una determinada materia, sin que de ello se siga la exclusión en la materia de otras fuentes no legislativas⁴⁵⁹. Sin embargo, esta distinción no parece del todo convincente, no sólo porque no ofrece criterios seguros en base a los cuales distinguir las disposiciones constitucionales que llaman a la ley entre aquellas que instituyen reservas y las que sólo establecen meros reenvíos, sino también porque expresa una tendencia a interpretar en sentido meramente exhortativo en vez de prescriptivo las disposiciones de la Constitución. El único valor plausible de la distinción puede ser respecto a aquellos casos en los que la Constitución utiliza el término *ley* en un sentido atécnico, como equivalente a cualquier norma de derecho objetivo, que serían reenvíos, contrapuestos a las verdaderas reservas deducibles de la norma constitucional que emplea el término *ley* en sentido propio.

Como ha señalado BAÑO LEÓN los intentos para fijar en base a la literalidad de los preceptos constitucionales el contenido substantivo de la reserva de ley conducen a un resultado inseguro⁴⁶⁰. Así, la reserva de ley que se desprende

⁴⁵⁸ Con todo, esta STC sigue teniendo una interpretación difícil puesto que utiliza conceptos contradictorios. ¿Pretende el Tribunal consagrar la exigencia en algunos casos de una ley previa sin constatar la presencia de una reserva de ley? Si ello es así, y así lo creemos, no entendemos la referencia hecha a esta institución. ¿Pretende el TC limitar la reserva *relativa* de ley del art. 103.2 a los órganos superiores de la Administración dejando al ejecutivo y su poder reglamentario, la regulación de los órganos inferiores? Esta posible respuesta creemos que sería contraria al propio texto constitucional que en ningún momento realiza una distribución *horizontal* entre la ley y el reglamento. Al autorizar la deslegalización en este sector la jurisdicción constitucional parece dar validez a la práctica legislativa que testimonia los frecuentes movimientos de deslegalización.

⁴⁵⁹ Este es el sentido que mantienen, en la doctrina italiana, BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", en *Enciclopedia diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 1210.

⁴⁶⁰ BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, op. cit. pág. 38. Además, aún cuando la Constitución pueda indicarnos cuál es la extensión de la reserva de ley (en el sentido que concreta a qué materias afecta), nada nos indica respecto a la intensidad, o lo que es lo

del art. 53.1 exige que sea exclusivamente el legislador quien deba regular el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo II; pero en cambio expresiones como "mediante ley", o "la ley regulará" o "por ley" parecen indicar que el ámbito que el legislador puede dejar al reglamento es mucho mayor. Y aún más, cuando la Constitución utiliza expresiones como "de acuerdo con la ley" parece que el campo del reglamento se amplía considerablemente hasta llegar al punto de poder deslegalizar la materia (ej. art. 103.2 CE)⁴⁶¹.

1.3. RESERVA DE LEY Y RELACIÓN DE COMPETENCIA ENTRE FUENTES

1.3.1. El entendimiento de la reserva de ley como norma de competencia normativa

La institución de la reserva de ley tiene una doble dimensión: positiva y negativa. La vertiente positiva determina la obligación para el legislador de llevar a cabo una regulación efectiva de la materia reservada; en su dimensión negativa supone la exclusión de otras fuentes normativas diferentes para llevar a cabo esta disciplina. De esta doble concepción de la reserva bien puede derivarse, aunque sólo sea implícitamente, la consideración de la misma como

mismo, hasta dónde puede intervenir el legislador y a partir de dónde *puede* habilitar al reglamento a intervenir. Y es que difícilmente puede seguirse una interpretación literal; como señala el mismo autor, del ámbito que abarca el art. 53.1, los derechos del capítulo II, parece difícil que pueda sostenerse que la actuación del reglamento sea la misma cuando desarrolla una ley que afecta a la libertad personal en el ámbito penal que cuando afecta a la libertad de empresa, y ambas libertades se encuentran protegidas por la garantía del art. 53.1 *sólo por ley*, *Ibidem*, pág. 39.

⁴⁶¹ De esta manera parece introducirse en España la diferenciación entre reserva absoluta y relativa originaria de la doctrina italiana y que será analizada en el Capítulo II. A tenor de esta distinción, existe reserva absoluta cuando la Constitución prescribe que la totalidad de la materia debe ser regulada por ley y, en consecuencia, los actos no legislativos sucesivos (reglamentarios, administrativos o de jurisdicción) sólo pueden ser meramente ejecutivos o como mucho de discrecionalidad técnico-administrativa pero nunca político-administrativa. Por contra la reserva relativa se da cuando, según la Constitución, la ley puede limitarse a determinar el fundamento y las bases de una cierta disciplina, es decir, los criterios o las directrices idóneas en un ámbito delimitando el ejercicio de la actividad aplicativa o preestablecer los fines de dicha actividad pero, en cualquier caso, puede conferirse al reglamento el resto de este poder normativo. Es decir, mientras en la reserva absoluta el proceso político concluye necesariamente en sede legislativa, en la reserva relativa se consiente un prolongamiento de ese proceso en sede reglamentaria. En Italia esta diferencia está avalada por la *Corte Costituzionale* y por la doctrina. Sobre la misma *vid.* CRISAFULLI, V.; *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1984, pág. 56 y sg, y BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", en *Enciclopedia diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 1215 y sg.

*norma de competencia normativa*⁴⁶², que puede asumir un ámbito más o menos amplio según el modo en que venga establecida⁴⁶³. Sin embargo, ello conduciría a asumir todas las consecuencias que el ordenamiento jurídico otorga a las normas sobre competencia; entre ellas que la observancia o el respeto a la misma se evalúa con referencia al momento en el que el acto emana y no a los momentos posteriores y sucesivos en los que puede desplegar sus efectos⁴⁶⁴.

En cierto modo, esta caracterización de la reserva viene dada porque en la definición de la misma se recurre, a menudo, al verbo *atribuir* en lugar del verbo *reservar*, y ello comporta una ambigüedad respecto a las consecuencias que se derivan. En primer lugar, el uso del término *atribuir* parece avalar la reducción de la reserva de ley a un simple criterio de reparto de competencias entre la ley y otras fuentes normativas, debido a las variadas reservas constitucionalmente establecidas a favor de determinadas fuentes, cada una exclusiva en su propio ámbito -como la reserva de reglamento parlamentario (art. 72 CE) o la reserva de estatuto (art. 151 CE)⁴⁶⁵- reguladas en sus relaciones recíprocas con otras fuentes por el criterio de competencia⁴⁶⁶.

⁴⁶²En este sentido se pronuncia CRISAFULLI, V.; *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1984, pág. 55.

⁴⁶³ Con ello, la distinción entre reserva absoluta y reserva relativa no denota tanto una diversa estructura o intensidad de la reserva como concretamente una diversa extensión de la competencia normativa asignada a la ley. Será relativa la reserva cuando se atribuya a la ley no la materia completa sino sólo los aspectos fundamentales; mientras que al reserva será absoluta cuando se prescriba que la ley debe disciplinar completamente la materia o los objetos reservados. El criterio de la extensión material como el criterio más seguro para distinguir entre reserva absoluta y relativa surge a partir de la obra de AMATO, "Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pág. 262 y sg.

⁴⁶⁴ Lo cual, como después veremos, es una aplicación del principio *tempus regit actum*.

⁴⁶⁵ Ciertamente, la denominada reserva de Estatuto es un caso peculiar debido a la especial naturaleza de esta norma, materialmente paccionada y cuasi-constitucional.

⁴⁶⁶ A ellas pueden añadirse aquellos supuestos en los que la Constitución reserva ciertas cuestiones no a un tipo de ley sino a un concreto texto legal, como la previsión del art. 70.1 CE. La STC 72/1984, consideró que las incompatibilidades e inelegibilidades de los parlamentarios era una materia que requería no una regulación legal, por cualquier ley, sino sólo por la Ley Electoral específicamente.

Para BALAGUER el principio de competencia implica una relación normativa indirecta, "basada en un deber de respeto recíproco entre dos norma, que se manifiesta a través de la Constitución (o, en cualquier caso, a través de una norma intermedia, superior a ambas)" [*vid. Fuentes del Derecho I...*, op. cit., pág. 148.] Así, el principio de competencia consiste en determinar un ámbito material y encomendar

La diferencia entre la reserva de ley y estas otras reservas se comprende si se atiende al diferente significado del término *reservar*, pues sólo en el segundo caso puede verdaderamente identificarse con una *atribución*. Así, la Constitución *atribuye* una competencia normativa a una fuente diversa a la ley - creando un sistema de competencias diferenciado por la materia y/o el territorio, en virtud de la autonomía de determinados entes u órganos (Comunidades Autónomas, Cámaras legislativas)- sustrayéndolo así a la ley, única fuente dotada de *competencia general*⁴⁶⁷.

Como consecuencia de esta *sustracción*, la ley encuentra un límite negativo en la esfera *reservada* por la Constitución a otras fuentes. Las relaciones entre estas diversas fuentes no pueden regularse por los principios tradicionales - cronológico (*lex posterior derogat priori*) o jerárquico- sino a partir de un nuevo principio, el de competencia⁴⁶⁸.

Pero también la reserva de ley constituye un límite al legislador, aunque de distinto significado al que constituyen la existencia de fuentes paralelas: en este último caso la ley no puede disciplinar la materia que le ha sido sustraída por la propia Constitución; en el primer caso la ley *debe* disciplinar la materia que le ha sido reservada y no puede despojarse de ella autorizando a otras fuentes diversas de rango inferior a intervenir.⁴⁶⁹

su regulación a un determinado tipo de norma , de manera que, los demás tipos de normas no pueden incidir sobre esa materia.

⁴⁶⁷ Las normas constitucionales que atribuyen competencia normativa pueden ser explícitas, señalando quien la tiene (que sería el caso de las reservas de ley) o bien puede darse el caso que la Constitución deje su fijación al juego de las reglas generales de validez del sistema de fuentes. En nuestro ordenamiento, al gozar la ley de una competencia general, con los únicos límites de las reservas a otras fuentes, y no existir una reserva reglamentaria, las normas de competencia no definidas implican también su atribución al legislador ordinario.

⁴⁶⁸ CRISAFULLI, V.; *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1984, pág. 180 y sg.

⁴⁶⁹ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, T.I, 9ª. ed. Milan, 1976, pág. 783. Por ello, si se configura la reserva de ley como un límite a la potestad reglamentaria del Gobierno es porque ésta no requiere para su ejercicio de ninguna autorización o habilitación. Por el contrario, si consideramos que la potestad reglamentaria del Gobierno sólo puede ejercerse bajo una previa existencia de la ley, la institución de la reserva de ley no deviene un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria sino un

La imposibilidad de asimilar los principios de reserva de ley y de competencia viene del hecho de que este último opera entre fuentes separadas, destinadas en principio, a no encontrarse, mientras que la reserva de ley actúa en una relación de jerarquía (lo cual presupone el concurso o la concurrencia de la misma materia) alterando su funcionamiento⁴⁷⁰. La norma legislativa y el reglamento están destinados a integrarse. Pero la exclusión, total o parcial –lo que tradicionalmente se denomina reserva absoluta o relativa– de la fuente subordinada en la materia reservada a la ley impide que la relación entre las dos fuentes se explique o se desarrolle según sus reglas normales, pues la concurrencia en la misma materia es también de diferente nivel y con un diferente grado de innovación.

Esta última consideración, nos lleva a otra diferencia fundamental. Para que haya efectivamente aplicación del principio de competencia se requiere que la competencia de los dos sujetos u órganos competentes para dictar la norma esté respectivamente reservada⁴⁷¹. Por eso, cuando uno de las fuentes puede operar en el mismo ámbito en el que opera la otra se está fuera de una relación de competencia⁴⁷². En la reserva de ley, sólo la fuente gubernamental infralegal tiene impedido intervenir en la esfera en la que la Constitución quiere

límite al ejercicio de la potestad legislativa; es decir, un mandato u obligación al legislador, y no supone otra cosa que la introducción en nuestro sistema de una garantía reforzada de la ley y del pluralismo político. Vid. LÓPEZ RUIZ, F.; *Fuentes del derecho y ordenamientos jurídicos*, Universidad de Alicante, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 28-35.

⁴⁷⁰ La jerarquía exige una relación de supra y subordinación entre dos tipos normativos en principio aptos para regular una misma materia de modo que la norma inferior será inválida si contradice lo establecido por la norma superior.

⁴⁷¹ La competencia supone el reparto de materias entre dos tipos normativos diferentes –o al menos el reparto del tipo de normación sobre una misma materia, como en el caso de la legislación básica y la de desarrollo– de tal modo que se excluye la coincidencia sobre una misma materia. Bajo este principio si una fuente invade el ámbito competencial de otra procede declarar su invalidez. Ergo el principio de competencia presupone una diversidad de ámbitos materiales de normación. Sobre los principios de jerarquía y competencia vid. DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional, op. cit.*; pág. 87 y ss.; BALAGUER CALLEJON, F.; *Las Fuentes del Derecho*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 107-108; y en la doctrina italiana vid. PIZZORUSSO, A.; *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 146 y ss.; ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1992, pág. 67

⁴⁷² ZAGREBELSKY, *ibidem*, pág. 67.

que intervenga la ley, no ocurre al revés. La asimilación de las dos situaciones descritas sólo se da en base a la palabra *reserva*. Sin embargo, distinguir el instituto de la reserva de ley de las relaciones de competencia entre fuentes no es útil sólo a nivel conceptual. No está en juego únicamente una mejor descripción e individualización del instituto en su especificidad, sino también el tema de la supervivencia de los reglamentos anteriores a la Constitución que disciplinan o regulan materias reservadas a la ley; y, en consecuencia, la legitimidad constitucional de los actos legislativos en los que esos reglamentos encuentran su legitimación. Además, esta confusión, puede comprometer la propia comprensión del instituto de la reserva, pues si sólo es un principio de reparto de competencias entre fuentes no debieran quedar fuera todos los actos concretos, administrativos y judiciales, que colaboran en la regulación de la materia⁴⁷³.

1.3.2. Los límites temporales de la reserva de ley y su eventual carácter retroactivo. La cuestión de los reglamentos preconstitucionales en las materias reservadas a la ley

La consideración de la Constitución como norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico determina la total subordinación de las restantes normas a lo por ella establecido, sujeción que se manifiesta tanto en un sentido material (de conformidad o cuanto menos de no ser contraria) como en un sentido formal (respeto a las formas y procedimientos para la elaboración de normas jurídicas). Si bien ambos criterios formal y material se aplican a la totalidad de las normas jurídicas postconstitucionales no ocurre lo mismo respecto a las preconstitucionales⁴⁷⁴. Éstas sólo pueden confrontarse con la

⁴⁷³ Las críticas habidas en la doctrina italiana por el intento de reducir el principio de reserva a un mero criterio de reparto constitucional de la competencia normativa entre poder legislativo y poder ejecutivo *vid.* SANDULLI, A.M.; "Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, pág. 2176.

⁴⁷⁴ L. PAREJO ALFONSO, "La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida", en *Revista de Administración Pública*, núm. 94, 1981, pág. 201.

Constitución desde un punto de vista material, pues es imposible exigir el cumplimiento de determinados requisitos de forma y procedimiento a normas que fueron elaboradas con anterioridad al establecimiento de los mismos⁴⁷⁵.

El legislador (*lato sensu*) preconstitucional no está obligado respetar una disposición inexistente en el momento de la elaboración de esas normas. Por ello, la cuestión que debemos planteamos hace referencia al eventual carácter retroactivo de la reserva de ley: ¿es posible aplicar a normas preconstitucionales una institución, la reserva de ley, que no existía en el momento de su creación?; es decir, ¿pueden extenderse a las normas preconstitucionales los efectos de la reserva de ley? ¿Qué ocurre cuando una ley preconstitucional remite ampliamente al poder reglamentario la regulación de una materia mientras que esa misma materia es objeto de una reserva de ley por la nueva Constitución? Es en este punto donde se cuestiona la legalidad de una norma reglamentaria dictada espontáneamente en una materia ahora reservada por la Constitución a la ley; y donde el entendimiento de la reserva de ley como exclusiva norma de competencia influye en esta decisión.

Efectivamente, si el discurso sobre la reserva de ley se diluye en el de competencia, se pueden encontrar argumentos que permitan salvar la legitimidad actual y futura, es decir, por tiempo indeterminado de dichos reglamentos. Si la fuente reglamentaria era entonces competente ahora no puede alegarse un defecto de competencia inexistente en el momento de su emanación; es decir, que regiría el principio *tempus regit actum*⁴⁷⁶. El órgano jurisdiccional competente, en la selección del derecho aplicable a la resolución del caso que está conociendo, debe como *prius* lógico a esa selección

⁴⁷⁵ De este modo, las normas preconstitucionales pueden pervivir en el ordenamiento en la medida en que no contradigan en su contenido las prescripciones sustantivas de la nueva Constitución. Al respecto *vid.* REQUEJO PAGES, J.L.; *Sistemas normativos. Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 14-15.

determinar su validez, por lo que se podrá cuestionar la validez de un decreto dictado sobre la base de una remisión preconstitucional; esto es, deberá pronunciarse sobre si la reserva de ley es aplicable de cara a determinar la validez de las normas en litigio.

En este sentido nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado una jurisprudencia que delimita el alcance de la reserva de ley frente a las normas preconstitucionales. Ya desde la STC 11/1981, de 8 de abril, el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance temporal de la reserva. En esta sentencia se analizaba la compatibilidad de una ley preconstitucional con el nuevo diseño del sistema de fuentes previsto por la Constitución. Para el TC la reserva de ley no puede tener por efecto provocar la anulación de las normas anteriores que regulan las materias ahora reservadas pues "no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladores 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 jurídico vigente en el momento de su promulgación" (FJ 5).

Así, la reserva de ley sólo produce efectos jurídicos a partir de la promulgación de la Constitución. Mediante la disposición derogatoria tercera de la norma suprema se deroga toda ley anterior que realice habilitaciones o remisiones incondicionadas al poder reglamentario en las materias ahora reservadas. Derogación que, evidentemente, actuará a partir de la entrada en vigor de la Constitución⁴⁷⁷. Las relaciones que existen entre las leyes de habilitación preconstitucionales y la Constitución son también relaciones que resultan de la

⁴⁷⁶ SANDULLI, A.M.; "Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, pág. 2176.

⁴⁷⁷ El principio de que la reserva de ley no posee carácter retroactivo pero deroga las habilitaciones legislativas incompatibles con los nuevos principios que establece la Constitución, ha sido objeto de una jurisprudencia constante. *Vid.* STC 42/1987, de 7 de abril; STC 101/1988, de 8 de junio; STC 219/1989, de 21 de diciembre; STC 83/1990, de 4 de mayo; STC 219/1991, de 25 de noviembre; STC 93/1992, de 11 de junio; STC 117/1992, de 2 de noviembre y STC 305/1993, de 25 de octubre.

sucesión temporal de las normas, por lo que la posible inconstitucionalidad no se corresponde con una nulidad *a radice* como habría implicado la retroactividad de la reserva de ley.

De la ausencia de retroactividad de la reserva se deduce que las antiguas habilitaciones o remisiones tienen validez durante el período de tiempo que media entre el día en que entraron en vigor y la promulgación de la Constitución. Pero a partir de ese momento cesan en la producción de efectos jurídicos en tanto que incompatibles con la nueva Constitución, es decir, caducan. Por ello, no podrán dictarse reglamentos que tengan su fundamento en aquellas leyes que ya no están en vigor, serán leyes que han perdido su vigencia. Quiere ello decir que la ley habilitadora será válida y fuente de validez de los posibles reglamentos dictados con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, pero no así de los posteriores puesto que estarían amparados en una base legal que ha dejado de tener vigencia. Y a la inversa, los reglamentos preconstitucionales dictados sobre la base de aquéllas habilitaciones permanecen válidos en tanto que reposan sobre unas leyes que están en vigor en el momento de su elaboración.

Esta es la principal consecuencia de la ausencia de retroactividad de la reserva de ley: no se cuestionan los reglamentos anteriores a la Constitución dictados sobre materias que en la actualidad están reservadas a la Ley, pues la regularidad formal de las normas debe apreciarse en el momento en que fueron dictadas y no sobre la base de reglas constitucionales posteriores⁴⁷⁸, lo cual no es otra cosa que la aplicación del principio *tempus regit actum*⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ La única posibilidad de control de un acto anterior a la Constitución reside en la confrontación con las disposiciones constitucionales de fondo, es decir, en el examen sobre el contenido del acto, siendo indiferente saber si ese mismo acto, bajo la cobertura de la nueva Constitución, hubiera sido dictado por la misma fuente normativa. Ello es lo que permite explicar la incuestionabilidad del reglamento desde el punto de vista de la reserva de ley, mientras que las disposiciones de fondo pueden ser confrontadas a las disposiciones constitucionales del mismo tipo.

⁴⁷⁹ El fundamento lógico-jurídico de este principio se encuentra en SANDULLI, A.M.: "Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, pág. 2174 y sg. que lo reconduce al fenómeno de la *entfremdung* de la norma o la fuente que la ha

Para el Tribunal, el reconocimiento constitucional de una obligación de regulación para el Parlamento en una materia determinada –de una reserva de ley- no tiene como consecuencia la anulación de los eventuales reglamentos preconstitucionales que rijan sobre la materia⁴⁸⁰; "pues 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" (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 3). De esta afirmación el Tribunal deriva que las disposiciones reglamentarias preconstitucionales podrán ser aplicadas a supuestos o situaciones posteriores a la entrada en vigor de la propia Constitución, con el único límite de su actualización, pues "la regla de la irretroactividad de la reserva es aplicable con independencia de que los hechos sancionados sean anteriores o posteriores a la Constitución"⁴⁸¹, pero se prohíbe *ex nunc* la creación de nuevos actos no legislativos en la materia en cuestión. Ello conduce al mantenimiento de la vigencia de los reglamentos preconstitucionales cuestionados, pero prohíbe la actualización de dichas normas con posterioridad a la Constitución, por la

producido. Para este autor es del todo lógico que todo lo que concierne a la formación y a la forma de un acto jurídico no pueda ser regulado por una Constitución sobrevenida, sino que debe serlo por la que está en vigor en el momento de la emanación del acto. La solución contraria conduciría a una situación de vacío jurídico, pues se constataría la ilegitimidad constitucional de una gran mayoría de actos. SANDULLI resume sus observaciones del siguiente modo "*la ripartizione in sede costituzionale delle competenze normative tra Potere legislativo e Potere esecutivo, e perciò la previsione, in determinate materia di riserva di legge, atenga alla legittimazione all'atto le quindi al profilo esteriore (o, ...,) formale di questo, e non al contenuto di esso*", (pág. 2175). El hecho de que la reserva de ley se vincule a las disposiciones constitucionales sobre las potestades normativas, en tanto que regula las relaciones entre la ley y el reglamento, es lo que la hace inoponible respecto a los actos dictados con anterioridad a la Constitución. Por su parte, FOIS rechaza este argumento. Considera que aún siendo cierto que la *Corte Costituzionale* considere la reserva como una simple norma de competencia y tenga solamente valor organizatorio, para él se trata de una verdadera norma de carácter substancial en FOIS, S.; "Norme anteriori e riserva di legge", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pág. 1075. En efecto, si el objeto de la reserva de ley consiste en exigir que las relaciones inherentes en una cierta materia sean reguladas principalmente por una norma legislativa y no por un acto inferior en la jerarquía normativa, el respeto a la reserva exige que las controversias relativas a este tipo de relaciones deban ser resueltas sobre la base de normas substanciales contenidas en la disposición legislativa y por el contrario se excluye la sola aplicación de las normas substanciales contenidas en las disposiciones infralegislativas. En consecuencia, la ley que autoriza la intervención reglamentaria no puede ser considerada en las materias reservadas, como el simple fundamento puntual para dictar un reglamento, pero es, por el contrario, la fuente permanente de la validez del reglamento.

⁴⁸⁰ STC 83/1984, de 25 de julio.

misma vía reglamentaria "puesto que ello no respetaría el sistema de producción de normas jurídicas impuesto ahora por la Constitución"⁴⁸².

De este modo, el diferente tratamiento que reciben la ley de habilitación, considerada derogada a partir de la Constitución, y los reglamentos dictados a su amparo, que permanecen válidos y que fundan su legitimidad en esa ley derogada (o caducada), se explica por el hecho que desde el punto de vista del reglamento la reserva de ley se presenta como una *norma de competencia*⁴⁸³. En este supuesto, la Constitución sustituye al legislador para distribuir las potestades normativas entre Parlamento y Ejecutivo y, por tanto, las antiguas habilitaciones caducan⁴⁸⁴.

Ello puede ser esquematizado de la siguiente forma: los poderes normativos que una ley anterior a la Constitución hubiera otorgado a fuentes subordinadas –reglamentos- en materias ahora reservadas a la ley deben considerarse legítimamente ejercitados, pero a partir de la entrada en vigor de la Constitución caducan, es decir, a partir de ese momento dejan de ser

⁴⁸¹ STC 177/1992, de 2 de noviembre, (FJ 3). Para el Tribunal la consecuencia del mantenimiento de la vigencia de estos reglamentos preconstitucionales comporta que los actos de desarrollo y aplicación de los mismos también permanezcan en vigor (STC 83/1984, de 25 de julio).

⁴⁸² STC 177/1992, de 2 de noviembre, (FJ 3).

⁴⁸³ Lo cual supone entender que la observancia a la misma se evalúa con referencia al momento en el que el acto emana y no a los momentos posteriores y sucesivos en los que despliega sus efectos. Ello supone también que la ley, norma destinataria de la reserva no puede remitir a otras fuentes la regulación de la materia reservada a menos que la propia ley pueda derogar la propia disposición que establece la reserva, lo cual sólo sería factible si la reserva se realiza por disposición constitucional en el supuesto de un régimen con constitución flexible; por ello, si la reserva se establece por fuente legislativa podemos decir que o bien es redundancia de lo previsto por la Constitución o bien es inconstitucional. Por ello, en nuestro sistema, podemos entender que rige el principio de la inderogabilidad de la norma atributiva de competencia, del cual deriva también (como después veremos) que la materia reservada debe ser completamente regulada o disciplinada por la ley para excluir que entre la ley y el acto aplicativo puedan insertarse actos de estimación discrecionalidad susceptibles de ser colmados mediante reglas secundarias o bien opciones o elecciones efectuadas caso por caso. Por ello, la irretroactividad de la reserva de ley a la que hace referencia el TC está limitada al aspecto de la reserva que excluye la intervención de fuentes subordinadas pero no a la necesidad de que la ley discipline válidamente la materia valen otras consideraciones. La consideración de la reserva de ley como *norma de competencia* no puede suponer un atribución de potestad normativa a un órgano que, por definición, ya la tiene.

⁴⁸⁴ Este esquema es una constante en la jurisprudencia constitucional. *Vid.* STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5; STC 42/1987, de 7 de abril (Casino de Mallorca) FJ, 3;

ejercitables debido al nuevo reparto de potestades normativas realizado por la Constitución -norma que establece la reserva-, con lo cual se mantiene la legitimidad de los reglamentos dictados al amparo de la disposición legal preconstitucional pero devienen ilegítimos aquellos actos normativos secundarios sucesivos o posteriores a la introducción de la reserva de ley⁴⁸⁵.

Sin embargo, no puede dejar de constatarse que se produce una situación jurídica singular. El reglamento dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución permanece vigente, pero sólo podrá ser modificado por una norma con rango de ley⁴⁸⁶. A partir de la entrada en vigor de la Constitución la habilitación legislativa no constituye una base legal suficiente y toda intervención reglamentaria espontánea está condenada a la nulidad por la inclusión de la materia en el ámbito reservado a la ley. Estamos pues en presencia de una norma, el reglamento, que sólo puede ver alterado su contenido, que sólo puede ser modificado, por otra norma de rango jerárquico

STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 3; STC 117/1995, de 17 de julio (Reglamento Casino de juegos) FJ 3.

⁴⁸⁵ Para el Tribunal la única excepción a la imposibilidad de dictar nuevos reglamentos después de la entrada en vigor de la Constitución en base a habilitaciones legales preconstitucionales consiste en la emisión de actos del Ejecutivo cuyo objeto sea exclusivamente completar las normas preconstitucionales con el fin de asegurar su concordancia con otras normas. Estos nuevos reglamentos no comportan ninguna innovación del ordenamiento jurídico puesto que se limitan a reiterar los actos que *usurpan* la reserva de ley. Así, se afirma en la STC 29/1989, de febrero, en la que se analizaba un decreto de 1983 que reordenaba unos reglamentos preconstitucionales que establecían unas sanciones en materia de protección de consumidores, dictados al amparo de una habilitación contenida en un Decreto-ley de 1974. La impugnación se fundamentaba en una vulneración de la reserva de ley en materia de sanciones administrativas reconocida en el art. 25.1 CE. En la Sentencia se afirma, respecto a la alegada inconstitucionalidad del decreto de 1983 que *"la simple refundición de aquellas normas preconstitucionales en nuevo texto aprobado con posterioridad a la Constitución, como es el Real Decreto 1945/1983, no es contraria a la referida exigencia formal siempre que este último no innove el ordenamiento sancionador y constituya una mera reordenación sistemática, en un texto único de normas perfectamente válidas y vigentes, previamente dispersas en una pluralidad de textos normativos"* (FJ 3). Es decir, si el decreto se limita a reproducir y a reorganizar formalmente los reglamentos que, dictados con anterioridad a 1978, permanecen en vigor, no será anulado. En este caso no puede considerarse que el Ejecutivo se apoye en una habilitación caducada o derogada, pues el acto que dicta no contiene ningún contenido normativo. Esta norma no provoca por sí misma efectos jurídicos particulares y por ello puede ser dictada a pesar de la imposibilidad de utilizar la habilitación derogada (*Vid.* también STC 219/1991, de 25 de noviembre, F.J.2 y STC 305/1993, de 25 de octubre).

⁴⁸⁶ Como señala la STC 117/1995, de 17 de julio, la irretroactividad de la reserva de ley y con ella la pervivencia de las normas reglamentarias preconstitucionales, tiene "como valladar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas (...) hasta el punto de vedar incluso *la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se redujera a reproducir el contenido de la regulación anterior*" (FJ 3); en el mismo sentido se pronuncia la STC 305/1993, de 25 de octubre (FJ 4) y STC 45/1994, de 15 de febrero, (FJ 2).

superior. Al mismo tiempo, mientras el reglamento subsiste, la ley de la que trae causa ha desaparecido del ordenamiento jurídico -únicamente la habilitación contenida en la ley, no necesariamente la propia ley en la medida que el contenido material sea conforme a la Constitución-, por lo que el reglamento adquiere una existencia autónoma con relación a la norma que lo fundamenta.

Y ¿cómo puede sobrevivir legítimamente la norma reglamentaria si es inconstitucional la ley en la que se fundamenta?⁴⁸⁷. Ciertamente, pueden realizarse algunas críticas a esta construcción jurisprudencial. La relación entre la ley habilitadora y el reglamento adoptado en su ejecución no se agota una vez dictado el reglamento sino que permanece en el tiempo; es decir, que el reglamento se encuentra continuamente ligado a la ley que lo habilita y no tiene una vida autónoma de la misma. Por ello, no puede decirse que la relación entre la ley habilitadora y el reglamento sea una relación agotada, sino que la relación permanece, pues el reglamento encuentra su base legal en la ley de la que trae causa, por ello, la desaparición de la ley, en cierta medida lo implica. Y todo ello justificado en la idea de que la disciplina reglamentaria encuentra la permanente fuente de su validez en la norma primaria que la admite⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Creemos que puede mantenerse efectivamente el calificativo de inconstitucional a la ley de habilitación, aunque sólo sea por causas formales, pues no son admisibles "las habilitaciones a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones sin límite de tiempo, concedidas en leyes anteriores a la Constitución, desde su entrada en vigor, que han de considerarse caducadas por derogación", STC 42/1987, FJ 4,

⁴⁸⁸ En este sentido se pronuncian, en la doctrina italiana, AMATO, G.; *Rapporti fra norme primarie e secondaire*, CEDAM, Padua, 1962, pág. 182, 187-190; FOIS, S.; "Norme anteriori e riserva di legge", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pág. 1074 y DI GIOVINE, A.; *Introduzione allo studio sulla riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Turín, 1970, pág. 153. Para estos autores el reglamento depende constantemente de la ley que lo autoriza, por ello, como la ley habilitadora pierde su eficacia por la cual consentía que la norma reglamentaria la sustituyera en la regulación de la materia reservada, el reglamento pierde también su fundamento jurídico. Por eso, en estas condiciones, no es oportuno establecer una distinción entre las fechas de elaboración de los reglamentos, puesto que incluso si se tratan de reglamentos preconstitucionales, la desaparición de su fundamento jurídico comportaría el cese de sus propios efectos.

Así, una vez constatada y declarada derogada y *caducada* la norma legislativa por habilitar al reglamento a intervenir en la materia reservada, dicha ley no puede constituir el fundamento de validez de la norma reglamentaria por lo que ésta se encuentra desposeída de su base legal, de lo que debería seguir la declaración de ilegitimidad de los actos reglamentarios en tanto que privados de su fundamento de validez. Porque, además, es difícil que un juez ordinario no aplique una norma reglamentaria cuando la ley de la que trae causa le ha dejado un amplio espacio de intervención, entre otras razones porque también es difícil realizar un juicio de contraste del reglamento con una disciplina legal prácticamente inexistente⁴⁸⁹. Aunque, ciertamente, siempre queda la posibilidad de que el juez inaplique o anule un acto reglamentario por vulneración directa de las normas constitucionales en vigor, entre las cuáles se encuentra también la reserva de ley⁴⁹⁰.

Sin embargo, no podemos dejar de constatar que esta tesis se fundamenta en la idea de que el poder reglamentario tiene su origen en la ley y que en las materias reservadas a la ley sólo una habilitación legislativa permite la intervención reglamentaria. Ahora bien, la Constitución mediante las técnicas de las reservas de ley prohíbe que el legislador (*lato sensu*) delegue su potestad legislativa, lo cual parece indicar que el reglamento se dicta en virtud de la potestad normativa que la Constitución atribuye al ejecutivo y sólo en el campo no reservado "en profundidad" a la ley. Por ello, de la concepción del Tribunal parece desprenderse que al no depender el reglamento de cualquier autorización legislativa no tiene porqué seguir el destino jurídico de la ley. La dependencia entre estos dos tipos de actos sólo es válida si se considera que

⁴⁸⁹ En el plano sustantivo debe tenerse presente que en aquellos casos donde la Constitución prohíbe algo (como un trato discriminatorio) o reconoce algo (como un derecho fundamental) lleva implícita la intención y voluntad del constituyente de eliminar las normas preconstitucionales que vayan en contra de esa prohibición o de ese reconocimiento; es decir, que se quiere y acepta el vacío que produce su eliminación.

⁴⁹⁰ Posibilidad que queda reflejada en el art. 6 LOPJ.

es la ley la que fundamenta el poder reglamentario, lo cual está lejos de ser evidente al menos en nuestro marco constitucional⁴⁹¹.

Junto a ello, quizá pueda concluirse que la jurisprudencia constitucional sobre la aplicación en el tiempo de la reserva de ley conduce a mostrar el carácter dualista de esta institución: como norma de fondo o substancial para el legislador y como norma de competencia desde la óptica del poder reglamentario⁴⁹².

1.4. ELEMENTOS QUE AYUDAN A DETERMINAR EL ÁMBITO DE LA LEY.

1.4.1. La primacía de la ley

Ya se ha señalado que la reserva de ley supone una obligación para el legislador de regular él mismo la materia reservada, competencia irreductible a la que no puede renunciar sin vulnerar la propia institución y por ende la propia Constitución. En este apartado no proponemos analizar el lugar que ocupa la

⁴⁹¹ Esta es la postura que mantienen DE OTTO, I.; *Sistema de fuentes, op. cit.*; pág. 223; BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria.., op. cit.* pág. 163 y sg; y que nosotros compartimos, al menos en lo que hace referencia a la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros.

⁴⁹² Si la previsión constitucional de una reserva de ley significa y comporta una obligación para el legislador de disciplinar él mismo una materia y de no hacer dejación de la misma a otros órganos, la reserva de ley se vulnera si se atribuyen a un órgano del gobierno-administración poderes normativos infralegales, y también si la ley, aún aparentemente regulando la materia en su plenitud, la deja vacía de disciplina, limitándose a indicaciones genéricas o confiriendo poderes discrecionales ejercitables mediante actos concretos. En este último caso, la norma no vendría establecida de modo completo por una ley del Parlamento –ni por ninguna otra fuente- sino que sería creada por el órgano administrativo o judicial en el momento de aplicarla al caso concreto. De este modo, la reserva de ley se vulnera desde el momento en que la ley no cumple con su obligación, impuesta por la Constitución, de disciplinar la materia, de no dejar a otros órganos espacio para intervenir –con actos normativos o no normativos-. Y ello, porque si tradicionalmente el principio de la reserva de ley viene siendo entendido, esencialmente, como un problema de relación entre fuentes, esta concepción tiene el riesgo de ensombrecer el valor de exclusión que este principio asume en la confrontación con los actos discrecionales. Y ello, porque la relación que pretende regular no es sólo una relación entre actos, sino también una relación entre órganos, entre poderes: Parlamento por un lado y Gobierno-Administración por otro. Así, como señala Paladín con la reserva “*si vieta al legislatore ordinario di attribuire qualsiasi rilievo alla volontà degli organi che esercitano in quel campo l'insopprimibile attività di esecuzione*”. Vid. PALADIN, L.; *La potestà legislativa regionale*, Padua, 1958, pág. 81, se cita por CARLASSARE, L.; “Legge (riserva di)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccanni*, pág. 5.

ley en el ordenamiento jurídico dentro y fuera de las materias reservadas. Así, una vez señalada la inexistencia de una reserva global, debemos cuestionarnos cuál es la calificación jurídica de los espacios exentos de una reserva de ley, y hasta qué punto los ámbitos reservados a la ley pueden suponer una *delimitación* de la potestad legislativa, lo cual nos lleva a preguntarnos por el eventual carácter limitativo de la reserva respecto a la potestad legislativa.

En el Preámbulo de la Constitución se consagra el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, y este principio implica que sea la ley la norma principal y primera del ordenamiento, en tanto que expresión de la voluntad popular expresada a través de sus representantes. Es la ley la fuente que tiene plena capacidad normativa para imponer mandatos y no tiene ningún otro límite que la propia Constitución⁴⁹³. Este imperio de la ley tiene como consecuencia la atribución al Parlamento de una preeminencia, prácticamente absoluta, como creador del derecho⁴⁹⁴, y preeminencia, por tanto de sus productos normativos⁴⁹⁵. El principio de primacía de la ley expresa así la capacidad de esta norma para imponerse sobre el reglamento, lo cual no es sino expresión de un atributo de la ley, de su fuerza, tanto activa como pasiva⁴⁹⁶. Y esta primacía se manifiesta también en la presunción de

⁴⁹³ SANTAMARÍA señala que "no hay materia alguna vedada a la actuación del legislador", en *Fundamentos...*, *op. cit.* pág. 768, aunque, previamente al tratar de la crisis de la supremacía de la ley resalta sus límites indicando que "en nuestro sistema constitucional, hablar de ilimitación del ámbito de la ley sería un notorio exceso" (*Idem*, pág. 537).

⁴⁹⁴ La reserva de ley puede expresar, en este sentido, una garantía del sistema de fuentes, "una previsión garantista de todo el ordenamiento", en este sentido se pronuncia PORRAS NADALES, en el Prólogo a la obra de CARMONA CONTRERAS, A. M.; *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 23. Desde este punto de vista el principio de legalidad puede ser expresión de esta primacía de la ley.

⁴⁹⁵ Sin embargo, como señala DíEZ-PICAZO no debe confundirse la preeminencia de la ley con la omnipotencia de la misma que se da cuando no existen límites que vinculan al legislador; en "Concepto de ley y tipos de leyes. ¿existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 49.

⁴⁹⁶ Para DíEZ-PICAZO, L.M.; "Concepto de ley...", *op. cit.*, pág. 49 la primacía de la ley "significa sencillamente que todas las demás fuentes se encuentran subordinadas a ella, careciendo de un ámbito de normación autónomo". El concepto de *fuerza* que es utilizado por multitud de autores para describir la ley y que viene a ser un atributo de la norma a partir de una consideración dinámica del ordenamiento, no se identifica única y exclusivamente con la ley, puesto que la propia Constitución establece una

constitucionalidad de las leyes, presunción que no decae hasta que no sea declarada nula por el Alto Tribunal, por ello, la posible inconstitucional de una ley no sancionada jurídicamente no disminuye su capacidad de vinculación sobre el reglamento⁴⁹⁷.

Pero el principio de legalidad expresado a través de la primacía de la ley no afecta sólo a la relación existente entre ley y reglamento, sino también a la relación entre reglamento y Constitución⁴⁹⁸. La Constitución se *aplica* a través de la ley cuya aplicación es, a su vez, la finalidad del reglamento⁴⁹⁹. Por ello el reglamento está sometido a límites más estrictos que los que tiene el legislador al desarrollar la Constitución⁵⁰⁰. La ley puede llegar a condicionar totalmente

pluralidad de *fuerzas de ley* "tantas como tipos legales a se reconoce el texto constitucional", (*Ibidem*, pág. 69).

⁴⁹⁷ Sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes *vid.* DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional*, *op. cit.* pág. 148-149; PÉREZ TREMPES, P.; *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, pág. 193 ysg; RUBIO LLORENTE, F.; "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pág. 35 y sg. La subordinación directa e inmediata de la ley a la Constitución, sin intermediación de ninguna otra norma, ha sido calificado por la doctrina italiana con la expresión de *primariedad*, por el carácter de normas primarias, *vid.* por todos, ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*; pág. 153-156. Este calificativo de normas primarias no es privativo de las leyes formales sino que lo reúnen también otras normas por previsión de la propia Constitución (decreto-ley y decreto legislativo). Al respecto *vid.* DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L.M.; "Concepto de ley...", *op. cit.* pág. 72.

⁴⁹⁸ En este sentido se manifiesta BALAGUER, F.; *Las fuentes reglamentarias*, en AAVV.; *Derecho Constitucional*, vol. I Tecnos, Madrid, 1999, pág. 169; (mirar también en *Fuentes del Derecho...*).

⁴⁹⁹ Ciertamente la relación Constitución-ley no es equiparable a la relación que media entre ley y reglamento. La ley no es ejecución de la Constitución, o de las decisiones adoptadas por la Constitución pues el carácter abierto de la misma imposibilita en muchos casos una relación de este tipo.

⁵⁰⁰ Y ello, porque la ley es un acto jurídico libre en cuanto al fin; cuyo elemento teleológico es jurídicamente –no políticamente– indiferente. El carácter abierto de la Constitución hace, como señala DÍEZ-PICAZO, que la misma no marque el camino que deba seguir el legislador sino que sólo fije "unos límites o un marco a las diversas opciones políticas que en cada momento puedan ocupar el poder", en "Concepto de ley...", *op. cit.* pág. 74. Debido a ello, la ley no puede admitir un control causal (*vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.; *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.* pág. 145-147; y PIZZORUSSO, A.; *Fonti del diritto...*, *op. cit.* pág. 240-241). Por el contrario, la posibilidad de establecer un control causal de las leyes sobre la noción de *desviación de poder legislativa* ha sido defendida por RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J.; "Desviación de poder y discrecionalidad del legislador", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pág. 527 y ss. En supuestos de reservas no a la ley sino a un concreto tipo de ley que además debe tener un contenido específico (así art. 70.1 respecto a la ley electoral o art. 134 respecto a la ley de presupuestos) si sería posible hablar de desviación del poder legislativo, en el supuesto de que el legislador intentara utilizar estas leyes con una finalidad distinta de la constitucionalmente prevista, bien incorporando estas materias en otros tipos de leyes o utilizando las mismas para la regulación de cualquier otra materia. Además, los límites constitucionales que actúan frente al legislador son también exigibles frente al ejercicio de la potestad reglamentaria, puesto que ésta es menos libre y se encuentra vinculada por la Constitución y por la potestad legislativa; *vid.* respecto a la igualdad del art. 14 CE, el artículo de JIMÉNEZ CAMPO, J.; "La

tanto la intensidad como la extensión de la potestad reglamentaria⁵⁰¹. Aunque no pueda considerarse que la potestad legislativa es absolutamente ilimitada con relación a la potestad reglamentaria, porque si bien no existe en nuestro ordenamiento una reserva reglamentaria, si existe la atribución constitucional de potestad normativa al gobierno⁵⁰², y en particular la previsión del art. 97 CE con el reconocimiento de una potestad reglamentaria que, en tanto que garantía institucional, supone un límite indisponible para el legislador. Y es que en presencia de una Constitución normativa lo que la ley puede o no puede hacer lo establece la propia Constitución⁵⁰³.

Esta dialéctica nos conduce directamente al poder reglamentario⁵⁰⁴, puesto que del lugar que ocupe la ley depende, correlativamente, el lugar del reglamento. Si imaginamos el *espacio normativo* como un círculo cerrado dentro de él, todo crecimiento del ámbito de la ley se efectúa en detrimento de otras normas. Concretamente, cuanto más importante es la potestad legislativa más aminorado se encontrará el poder reglamentario; así, la potestad normativa del ejecutivo está en función de la del legislativo. De este modo, la definición del ámbito de la ley es un tema directamente relacionado con la definición del ámbito del reglamento⁵⁰⁵.

igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pág. 71 y ss.

⁵⁰¹ Como tendremos ocasión de analizar en el apartado

⁵⁰² Atribución constitucional que se realiza a lo largo de diversos artículos de la Constitución, al respecto *vid.* ESPÍN TEMPLADO, E.; "Separación de poderes y potestades normativas del Gobierno", en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, 1985, pág. 190 y sg.; DE OTTO, I.; *Sistema de fuentes*, *op. cit.*, pág. 182 y sg.

⁵⁰³ Bajo una Constitución normativa la ley deja de tener una fuerza inmanente o natural para tener tan sólo aquella la que le otorga la propia Constitución. En este sentido *vid.* ARAGÓN REYES, M.; "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, 1986, pág. 9 y sg.

⁵⁰⁴ Como recuerda GARRORENA, ya desde HAURIOU, la definición del reglamento se considera un elemento indispensable para la definición de la ley; es decir, que *ley* y *reglamento* son conceptos recíprocos que se condicionan mutuamente; *vid.* GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley...*, *op. cit.*, pág. 91.

⁵⁰⁵ Para DE OTTO, fuera de las concretas reservas de ley que establece la Constitución es válido el reglamento independiente *ad extra*; en *Sistema de fuentes*, *op. cit.*, pág. 233-235; sin que ello presuponga que existan ámbitos exentos de la potestad legislativa. Para el profesor de Oviedo allí donde hay ley, aunque no exista reserva, el reglamento queda jerárquicamente subordinado a la misma y no

La consideración de la reserva de ley como norma que *limita y delimita* la potestad legislativa nos lleva, necesariamente, a que todo el espacio no reservado no puede ser objeto de una regulación legislativa y sólo podría intervenir el reglamento. Estaríamos así, en presencia de una reserva reglamentaria que actuaría junto a la reserva de ley y que prohibiría que la ley pudiera desbordar la *competencia* que le asigna la reserva, de manera que tanto la ley como el reglamento ven su ámbito definido por la Constitución y la ley no puede modificar dicha definición. Evidentemente, no es este el modelo que consagra nuestra Constitución.

Por ello, las reservas de ley no constituyen un máximo o un límite material para el legislador que puede, en todo momento, actuar más allá del ámbito que las mismas establecen, porque no existe ningún ámbito reglamentario reservado ni protegido frente a la intervención legislativa. Y además, ello conduce a que las relaciones entre la ley y el reglamento no se rijan por el principio de competencia sino por el de jerarquía. La ley puede regular cualquier materia y el reglamento, obligado, como está, a respetarla, no puede modificarla, aunque la materia en cuestión no esté cubierta por una reserva de ley. De este modo, para poder afirmar que no hay en nuestro ordenamiento ámbitos exentos de la potestad legislativa debemos analizar la posible existencia de eventuales materias o sectores atribuidos por la Constitución al poder normativo del ejecutivo que puedan limitar el alcance de la potestad legislativa, pues en ausencia de los mismos la ley puede, en todo momento, *evadirse* del marco que establecen las reservas⁵⁰⁶, o lo que es lo mismo, predicarse la *universalidad* de las materias regulables por ley.

tiene más campo de actuación que el que ésta le reconozca. Esta tesis, que compartimos, puede llegar a cuestionar el propio concepto de primacía de la ley en el sistema de fuentes, ya que el mismo puede expresar también la capacidad de esta fuente para definir el ámbito de validez y aplicación de las demás fuentes del derecho, pues sólo sería de aplicación fuera del ámbito de las materias reservadas.

⁵⁰⁶ Ciertamente no existe respecto a la potestad reglamentaria el principio de exclusividad que rige para el Poder judicial (art. 117.3 CE) y que conforma una auténtica *reserva de jurisdicción* que efectivamente vincula y limita al legislador. Al respecto *vid.* RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ; "El Poder Judicial como límite de la potestad de control en las Cortes Generales", en *Revista Española de Derecho*

1.4.2. La ausencia de reserva reglamentaria

En páginas anteriores hemos podido comprobar cómo el anteproyecto de Constitución preveía la atribución de ciertas materias al ejecutivo, confiriéndole un poder reglamentario directo *praeter legem*⁵⁰⁷. El rechazo a estas disposiciones permitió a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional condenar la idea de una reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento actual conformado por la Constitución de 1978⁵⁰⁸.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT constatan que la Constitución no reserva ninguna materia, de forma expresa, a la regulación reglamentaria, al contrario de lo que ocurre con la ley. Ello comporta que el acto legislativo es competente para regular cualquier materia como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la ley consagrado en el propio Preámbulo de la Constitución, en tanto que expresión de la voluntad

Constitucional, núm. 9, 1983, pág. 51 y sg; y MUÑOZ MACHADO, S.; "La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración", en AAVV.; *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2741-2783. Sin embargo sí que pueden encontrarse límites a la acción del legislador pues, como señala Díez Picazo, "el derecho al procedimiento (art. 105 CE) y la universal justiciabilidad de la actuación administrativa (art. 24.1 y 106.1 CE) quedan en entredicho si se admite que por ley puedan definirse singularmente las situaciones jurídicas de los administrados", lo cual viene a actuar *a modo de reserva de administración*. Vid. "Concepto de ley y tipos de leyes. ¿existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española?", *op. cit.*, pág. 54-55.

⁵⁰⁷ Sobre la reserva de reglamento en el anteproyecto de Constitución vid. GARRORENA MORALES, A.; *El lugar de la ley...*, *op. cit.* pág. 47-53; y Díez Moreno, F.; "La reserva reglamentaria y la Constitución española", en AAVV.; *La Constitución Española y las fuentes del derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, pág. 623-647.

⁵⁰⁸ La inexistencia de una reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento es señalada por diversos autores, entre los que destacamos GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", en AAVV.; *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, DGCE/IEF, Madrid, 1979, pág. 111-135; BASSOLS COMA, M.; "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, núm. 88, 1978, pág. 107-153; y en AAVV.; *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, pág. 335-337; y BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria. Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 422; GARCÍA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad...*, *op. cit.*, pág. 109 y sg y TORNOS MAS, J.; "La relación entre ley y reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pág. 471-507. En la jurisprudencia destacan la STC 5/1981, de 13 de febrero; confirmada después por la STC 18/1982, de 4 de marzo y la STC 60/1986, de 20 de mayo.

popular⁵⁰⁹. DíEZ PICAZO, por su parte, llega a la misma conclusión pero partiendo de una premisa diferente "en la Constitución no existen materias reservadas al reglamento" y por lo tanto, "no existen ámbitos exentos de la potestad legislativa"⁵¹⁰, pues no hay ningún obstáculo para afirmar la competencia legislativa sobre cualquier materia⁵¹¹.

Parece que por una vez, en este tema tan espinoso, la doctrina es unánime⁵¹², como también lo es el Tribunal Constitucional que ha negado toda posibilidad de configurar una reserva reglamentaria. Admite que el legislador tiene un ámbito de competencia ilimitado, puede, en todo momento, sustituir la regulación establecida por el reglamento por la suya, anulando de golpe, la potestad normativa del ejecutivo, quien no podrá, por mor del principio de jerarquía normativa modificar las disposiciones legislativas⁵¹³.

De esta interpretación pudiera deducirse que la Constitución impone un ámbito de *competencia mínima a la ley* definido por la reserva de ley, sin prever nada

⁵⁰⁹ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, pág. 187-188.

⁵¹⁰ "Concepto de ley y tipos de ley", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988 pág. 61-62.

⁵¹¹ Aquí deberíamos excepcionar las reservas a fuentes específicas que establece la propia Constitución, como son las reservas de Estatuto (art. 152CE); las reservas de Ley Orgánica (art. 81 CE), la reserva de reglamento parlamentario (art. 72 CE), etc.

⁵¹² Así, además de los autores antes citados I. de OTTO, *Derecho Constitucional*, op. cit. pág. 217-226; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, op. cit. pág. 240, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, op. cit. pág. 740.

⁵¹³ Ciertamente, un supuesto especial lo constituye la posible existencia de una reserva de reglamento a nivel autonómico, en aquellos supuestos en los que las Comunidades Autónomas no pueden legislar pero si pueden adoptar normas de nivel reglamentario. La reserva de reglamento vendría dada en la medida que se prohíbe la intervención de los Parlamentos autonómicos a favor de los Gobiernos. Sería por tanto una reserva de reglamento autonómico frente a ley autonómica, aunque sea una reserva reglamentaria parcial pues estos reglamentos siempre deberán respetar las leyes estatales que regulan la materia concreta; es decir, que propiamente, no existen ámbitos reservados al reglamento y si existen materias reservadas a la ley. Sobre esta cuestión *vid.* RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M.; "Ley autonómica, reglamento y control", en *Revista de Administración Pública*, núm. 128, 1992, pág. 121-122. Para ESCUIN existe una diferencia importante entre las potestades normativas del Estado y las de las CCAA que "aproximan la relación ley-reglamento autonómico más al sistema imperante en Francia desde 1958, que al que inspira dicha relación en nuestro Estado" y ello provoca que la existencia de reglamentos independientes no se deba sólo a la inactividad del legislador autonómico sino también a los

respecto al campo de intervención del reglamento. Simultáneamente, el texto constitucional establece una jerarquía normativa y confiere a la ley una preeminencia sobre el reglamento. El conjunto de estos elementos permiten afirmar la validez y legitimidad de todas las regulaciones legislativas producidas fuera de las reservas de ley en detrimento del posible espacio que pueda ocupar el poder reglamentario⁵¹⁴, puesto que éste no está constitucionalmente protegido.

Así, en los supuestos en los que la Constitución no establece auténticas reservas de ley, el propio legislador puede establecer y diseñar el sistema de fuentes infralegal, es decir, puede marcar la distribución normativa entre la ley y el reglamento. No ocurre lo mismo, sin embargo, en los supuestos en los que existen reservas de ley, pues aquí es la propia Constitución la que obliga a una regulación legislativa, la que actúa como *norma normarum*, imponiendo su fuerza al propio legislador. Fuera de estos casos, el legislador puede optar entre legislar él mismo la materia o dejarla en manos del ejecutivo. La elección de una de las dos opciones puede realizarse en función de *criterios políticos* –si el legislador no quiere asumir la responsabilidad electoral que la regulación sobre ciertas materias pueda acarrear- o *técnicos* -una política legislativa acertada puede exigir que la ley regule determinadas materias, más allá de las reservas de ley, incluso mediante leyes singulares-, sin que estos criterios puedan ser controlados jurídicamente⁵¹⁵. Si no existe ninguna reserva de ley, el legislador dispone de un *poder discrecional* para definir la intervención del

límites materiales de la potestad legislativa autonómica" en *La potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 16-17.

⁵¹⁴ Como el poder reglamentario no tiene un ámbito previsto ni protegido constitucionalmente, el Tribunal debe afirmar la validez y legitimidad de las incursiones legislativas fuera del ámbito que constituyen las reservas de ley, aunque puedan comportar, en el caso de las denominadas leyes singulares o leyes medida, una disminución de las garantías procesales y de los derechos de los ciudadanos afectados por la disposición legal; así, la STC 166/1986 señala que el dogma de la generalidad de la ley no es "obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de ley, preceptos específicos para supuestos únicos o concretos".

⁵¹⁵ Ciertamente, la decisión del legislador de no regular (o regular) una concreta cuestión es una decisión política, como también lo es la de remitir o delegar en el Gobierno para que actúe mediante reglamentos o incluso decretos-legislativos por razones técnicas. La imposibilidad de controlarlo radica

reglamento, poder que le otorga la Constitución con el único límite de no renunciar a su propia potestad en las materias reservadas⁵¹⁶.

La ausencia de reserva reglamentaria tiene como principal consecuencia que el legislador no tenga un ámbito limitado para actuar, -con los únicos límites de orden formal y material que impone la propia Constitución-. Pero implica también que cuando el legislador interviene normativamente fuera del ámbito de las reservas de ley, se crea una situación que la doctrina denomina *congelación de rango* -como consecuencia de la supremacía jerárquica de la ley sobre el reglamento-, y significa la prohibición del reglamento de intervenir en la regulación legislativa de la materia no reservada, que a partir de ese momento, sólo podrá ser realizada por otra norma de igual rango⁵¹⁷. Mediante esta técnica es la propia ley la que se *reserva* la regulación de la materia en cuestión, pero es una reserva que sólo existe respecto de la *forma o rango* de las disposiciones que deben regular la materia, y no respecto de la propia *materia*. Por ello, a menudo se la califica de *reserva formal o autorreserva* por oposición a la denominada *reserva material*. Sin embargo, no creemos que sea una expresión afortunada, pues tiende a colocar en idéntico plano dos elementos diferentes: la reserva formal tiene un origen simplemente legal, mientras que la reserva material encuentra su origen en la propia

en la ausencia de un parámetro constitucional, y únicamente cuando esta decisión comporte un resultado prohibido o no querido por la Constitución será posible el mismo.

⁵¹⁶ Pues la Constitución no reserva ningún ámbito al reglamento que suponga un límite para el legislador.

⁵¹⁷ Se incluyen por tanto, todas las normas que sean materialmente competentes, leyes formales, decretos-leyes y decretos legislativos. Pero a pesar de todo, esta situación no impide al ejecutivo dictar los actos para la aplicación de las leyes. El poder reglamentario subsiste, la técnica de la congelación de rango no lo hace desaparecer, pero debe respetar las normas jerárquicamente superiores y pierde, por ello, la capacidad innovadora, innata a todas las fuentes. La doctrina admite mayoritariamente, siguiendo al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y a I. DE OTTO, que la primacía jerárquica de la ley prohíbe que una materia regulada por una norma con rango de ley, aunque no esté sujeta a reserva, no puede ser objeto de regulación reglamentaria. Vid. DE OTTO, *Derecho Constitucional*., op. cit., pág. 227; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, op. cit., pág. 244-250. También el Tribunal Supremo ha reconocido que el campo de intervención del legislador supera el marco de las reservas de ley. Así, la STS 14 de diciembre de 1988 (R.A. 9954) señala que "el que esa materia haya sido regulada por ley, aunque en virtud de otro principio, el de congelación de rango, por haberse producido entonces una reserva también de ley, aunque esta vez sólo en sentido formal, resulta preciso que su innovación se haga igualmente por ley". En otras sentencias considera que el poder reglamentario

Constitución⁵¹⁸. Por otra parte, la reserva material –la auténtica reserva de ley– prohíbe al legislador abandonar su potestad en fuentes infralegales; mientras que la reserva formal admite las deslegalizaciones⁵¹⁹.

Sin embargo, también es cierto que aún en ausencia de una reserva reglamentaria, la intervención de la ley es más o menos frágil según esté o no cubierta por una reserva de ley. En el supuesto que la intervención de la ley sea necesaria no por imposición de la Constitución, sino por la única presencia de una ley anterior que regula esa materia, esta obligación de rango se impone sólo al ejecutivo (aunque sea una obligación débil) y no al legislador. El legislador es libre de deshacer todo aquello que ha realizado una ley anterior siempre que no exista un imperativo constitucional sobre dicha regulación. Bastaría con una ley posterior que derogara las normas legislativas anteriores existentes sobre una materia no sujeta a reserva de ley para que el poder reglamentario *podiera* intervenir en ese ámbito. Si por el contrario existiera una reserva de ley sobre esas materias, la propia derogación no permitiría la apertura de la materia al poder reglamentario. Esta diferencia es la que explica la mayor fragilidad de la potestad legislativa otorgada por vía legislativa - reserva formal- frente a la que resulta de la Constitución -reserva material⁵²⁰.

1.4.3. La deslegalización como técnica que restringe el ámbito de la ley

La técnica de la deslegalización reviste una importancia singular para definir el ámbito de la ley, pues permite restringir su campo de intervención a favor del

sólo puede intervenir, de manera residual, fuera de las materias reservadas a la ley y fuera de las materias que han sido reguladas por una ley (STS de 10 de marzo de 1982, R.A. 1245).

⁵¹⁸ Lo que para SANTAMARÍA PASTOR comporta una relación triangular: es establecida por la Constitución y vinculante para el legislador y el ejecutivo; en *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 777.

⁵¹⁹ Por ello, esta noción de reserva de ley es fuente de confusión y del desvanecimiento del propio concepto de reserva de ley, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, *op. cit.*, pág. 244-250, debido al diverso vínculo que para el legislador se establece en uno y otro caso.

⁵²⁰ En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 778 y BARCELONA LLOP, "Principio de legalidad y organización administrativa", *Homenaje a García de Enterría*, pág. 2407, nota. 119, señalan la futilidad de las delimitaciones realizadas por vía legislativa.

reglamento, aunque sea mediante un proceso de autorrestricción⁵²¹. Dicha técnica consiste en autorizar al reglamento a modificar las disposiciones legislativas existentes hasta entonces sobre una materia. Y esta autorización que puede realizar el propio legislador muestra su función de distribuidor de competencias normativas entre la ley y el reglamento. En los supuestos en los que la materia no esté sujeta a reserva de ley, ni la Constitución imponga límites materiales, el legislador puede libremente hacer dejación de la materia al ejecutivo mediante la técnica de la deslegalización⁵²².

Han habido muchos intentos de explicar el mecanismo de la deslegalización. Para una primera escuela, la deslegalización consiste en una *modificación*, realizada por el legislador, *del rango jerárquico* de una norma existente⁵²³. Para GARCÍA DE ENTERRÍA mediante la ley de deslegalización se produce un fenómeno de *contrarius actus*: si la regulación de una materia por ley en ámbitos no reservados a la misma produce un efecto de *congelación del rango normativo*, la ley de deslegalización operaría como *contrarius actus* respecto de la regulación legal anterior, no para innovar esa regulación sino para derogarla provocando una degradación del rango y posibilitando que los reglamentos puedan modificarla⁵²⁴. Sin embargo, esta concepción ha recibido

⁵²¹ Pues es el propio legislador, mediante una ley -de deslegalización- quien deroga la fuerza activa y pasiva de la ley anterior, delegando la capacidad normativa en esa materia a un órgano no legislativo, posibilitando, en consecuencia, la creación de reglamentos independientes con capacidad para imponer mandatos normativos.

⁵²² Sin embargo, la utilización de esta técnica plantea algunos problemas respecto a su control jurídico: ¿qué parámetros debería utilizar?. Creemos que, en primer lugar, la constatación de que efectivamente se trata de una deslegalización en una materia no cubierta por una reserva de ley. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que esta técnica puede provocar una disminución de garantías respecto al control judicial de los reglamentos así dictados, en concreto respecto a los parámetros que utilizará el juez ordinario. Pensemos en el art. 103.2 CE, y en la capacidad para la creación de órganos administrativos. Si no existe una ley con un mínimo contenido que imponga condicionamientos al reglamento se reduce su posibilidad de control judicial al disminuir los parámetros de control.

⁵²³ Cuyos autores más destacados son GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 168-172; del mismo autor *Curso...*; *op. cit.*, pág. 274; y GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", en AAVV.; *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, DGCE/IEF, Madrid, 1979, pág. 131.

⁵²⁴ Esta es una técnica que no puede aplicarse en los supuestos de reserva de ley, en las materias constitucionalmente reservadas a la ley, pues sobre las mismas rige una obligación formal y material para el legislador, la de que adopte mediante una concreta forma una decisión sobre la materia,

críticas, con motivo de que la ley o leyes objeto de deslegalización conservan los efectos jurídicos de la ley –entre otros, son válidas las derogaciones legislativas que realizaron en el momento de entrar en vigor- y su privilegio jurisdiccional –sólo pueden ser impugnadas ante la jurisdicción constitucional⁵²⁵.

Una segunda concepción, desarrollada por DE OTTO considera a la deslegalización como una *derogación aplazada*⁵²⁶. La supremacía de la Constitución impide al legislador, mediante la ley de deslegalización, permitir que el reglamento derogue a la ley, puesto que el principio de jerarquía normativa lo prohíbe. De este modo, es la propia ley de deslegalización la que realiza la derogación de la ley anterior, pero al mismo tiempo prevé que la derogación surtirá efectos a partir de la elaboración de los reglamentos a los que ella autoriza⁵²⁷. La ley de deslegalización establece el modo de sucesión en el tiempo entre la regulación legislativa y la regulación reglamentaria posterior. Y mientras no se elaboren los reglamentos la ley, incluso aquejada de un cierto carácter provisional, conserva todas los atributivos y privilegios de la ley. Y si la Constitución prohíbe que la ley disponga de su propio rango normativo no le prohíbe que pueda prever las modalidades de su entrada en vigor, incluso subordinando dicha entrada en vigor al advenimiento de un acto jurídico posterior.

y esta previsión se incumpliría con una ley de contenido puramente formal. Al respecto, *vid.* la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 116 y ss. y 168 y ss; en la doctrina italiana puede consultarse CARLASSARE, L.; *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padua, 1966, pág. 215 y ss; FOIS, S.; *La «riserva di legge»...*, *op. cit.* pág. 322 y sg. y AMATO, G.; *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, CEDAM, Padua, 1962, pág. 85 y sg.

⁵²⁵ Las críticas están expuestas en REBOLLO PUIG, "Juricidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pág. 161 y sg.

⁵²⁶ Así se recoge en DE OTTO, *Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág. 228.

⁵²⁷ *Ibidem*, pág. 228.

Finalmente, la tercera teoría, se fundamenta en la distinción entre fuerza activa y fuerza pasiva de la ley⁵²⁸. La ley de deslegalización usando de su propia fuerza activa anula la fuerza pasiva de la ley deslegalizada. La deslegalización actuaría así sobre la ley previa y no sobre el poder reglamentario. Este análisis parte de las ideas de O. MAYER, para quien la *fuerza* de la ley no es más que una facultad virtual de la que puede disponer la propia ley⁵²⁹. La ley deslegalizada pierde su capacidad de resistencia –fuerza pasiva- respecto a las normas inferiores pero mantiene su valor legislativo. Ello permite al reglamento sustituir la regulación de la ley.

A pesar de esta dialéctica doctrinal sobre la justificación teórica de la deslegalización, debemos constatar que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han admitido tanto el concepto como su existencia⁵³⁰, pero con un límite, esta técnica sólo puede actuarse respecto de las disposiciones legislativas no cubiertas por una reserva de ley. Esta prohibición

⁵²⁸ Desarrollada por REBOLLO PUIG, M.; "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria", en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pág. 162.

⁵²⁹ En MAYER, O.; *Le droit administratif allemande...*, *op. cit.* pág. 93 y ss. Curiosamente esta distinción de las *fuerzas* de la ley, también se encuentra, en cierto modo, en la obra de CARRÉ DE MALBERG, que distingue entre *la force d'initiative* y *la puissance de valeur*, en *La loi...*, *op. cit.*, pág. 41 y ss. En un sentido similar SANDULLI incluye la fuerza pasiva en el valor e identifica la fuerza de ley con la sólo fuerza activa; en SANDULLI, A. M.; "Legge. Forza di legge. Valore di legge", en *RTDP*, 1957, pág. 274 y ss.

Esta capacidad de autodisposición de la fuerza de la ley no se da respecto al rango que para BALAGUER "es un elemento previo a la consideración de su fuerza y valor" (*Fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pág. 56) y además, en cuanto hace referencia a la posición que ocupa la ley dentro del ordenamiento ésta viene predeterminada por la propia Constitución.

⁵³⁰ Así, la STC 83/1984, de 24 de julio, en la que el TC invalida una disposición legislativa que remite al ejecutivo una parte de la regulación de una materia reservada al considerar que se trata "de una verdadera deslegalización de la materia reservada" (FJ 5), también en STC 42/1987, se considera incompatible con las exigencias de rango normativo del art. 25.1 CE, las disposiciones de un decreto ley preconstitucional que deslegaliza la materia remitiendo a "la regulación reglamentaria las infracciones y sanciones en materia de juego"; *vid.* también SSTC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3; 225/1993, de 8 de julio. Respecto al TS *vid.* STS 24 de enero de 1986 (Repertorio Aranzadi 15); STS 14 de diciembre de 1988 (Repertorio Aranzadi 9954), que precisa que "la ley puede perfectamente limitarse a devolver a su rango reglamentario lo que estaba excluido del reglamento por una simple reserva formal de ley".

Por otro lado, la práctica ha demostrado la existencia de muchas leyes que tienen únicamente por objeto deslegalizar ciertas materias. Un ejemplo de ello lo tenemos en la reciente ley catalana 1/2000, de 30 de marzo, en cuyo preámbulo puede leerse que la finalidad de dicha ley es "facultar a la Presidencia de la Generalidad para crear y determinar (...) que antes era regulado por normas con rango de ley".

extraída de la jurisprudencia constitucional⁵³¹ y seguida por la doctrina⁵³² se justifica en la medida en que la existencia de una reserva de ley limita la intervención reglamentaria y prohíbe, en todo caso, que la ley proceda a realizar una delimitación de potestades normativas con relación al reglamento; pues de otro modo, la deslegalización sería un método a través del cual la ley renunciaría al mandato que le confía la Constitución. La deslegalización tendría, así, por espacio natural los sectores cuya necesidad de intervención legislativa resulta únicamente de la presencia de una ley anterior.

De todo lo anterior, puede concluirse que nuestro ordenamiento, carente de una reserva reglamentaria, privilegia a la fuente legislativa con relación a otras fuentes normativas, atribuyendo al legislador la facultad para determinar, respetando las reservas de ley, la distribución de potestades normativas entre la ley y el reglamento; paliando, si se quiere, el silencio de la Constitución respecto al ámbito reglamentario.

Ssin embargo, si bien es cierto que la Constitución no ha atribuido un sector normativo concreto al ejecutivo, no es menos cierto que le ha otorgado algunas funciones que pudieran aparecer como un límite a la extensión indefinida de la potestad legislativa. Nos estamos refiriendo a la reserva de administración y a la existencia de una posible obligación de ejecutar las leyes (también quizás respecto de la llamada reserva de jurisdicción).

⁵³¹ Prohibición señalada en la STC 83/1984, y posteriormente reiterada entre otras, en la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que se declara que la concreta reserva de ley "prohíbe toda operación de deslegalización de la materia" (*ergo, a sensu contrario*, en las materias no reservadas el Tribunal parece deducir su validez constitucional) y en la más significativa STC 42/1987, de 7 de abril.

⁵³² *Vid.* entre otros, DE OTTO; *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 227; RUBIO LLORENTE, F.; "El principio de legalidad", *op. cit.* pág. 9 y sg; y REBOLLO PUIG, M.; "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria", *op. cit.*, pág. 160 y sg.

1.4.4. El exceso legislativo⁵³³ y la disminución de las garantías

La denominada "crisis de la ley" de la que muchos autores se hacen eco⁵³⁴, responde a múltiples causas y seguramente también ha influido la ausencia de límites a la extensión de la potestad legislativa –como pudiera ser la existencia de una reserva reglamentaria- que comporta que el legislador tienda a regular cuestiones de detalle que a menudo pertenecen a una cuestión de pura ejecución. Este aumento de la *densidad* legislativa⁵³⁵ puede provocar que la ley deje de ser una norma de impulso, de ordenación de la comunidad⁵³⁶, para convertirse en una norma más concreta, pero a la vez más inestable, porque al ser sus disposiciones más precisas también son más adaptadas y adaptables a unas circunstancias determinadas.

De este modo, la *generalidad* de la ley⁵³⁷ puede verse condicionada por este exceso legislativo. La ley viene a sustituir al reglamento en su regulación de detalle, por lo que ha de configurar, de la manera más exhaustiva posible, los diferentes supuestos de aplicación. Ello hace que el legislador deba votar unos textos cada vez más complejos; y en última instancia, algunas leyes devienen

⁵³³ La expresión es utilizada en el *Informe sobre las autonomías*, dirigido por J. TORNOS, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 67, donde puede leerse: "Sobre este marco general, como en todos los ordenamientos, he de plantearse con nitidez el ámbito propio de la Ley y del Reglamento, sin que éste pueda usurpar la adopción de las decisiones más importantes de la comunidad, que corresponde al Parlamento, pero sin caer tampoco en *excesos legislativos*" (la cursiva es nuestra).

⁵³⁴ Entre ellos, *vid.* DE CABO MARTÍN, C.; "Garantismo y ley material", en ASENSI SABATER, J. (Coord.); *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 55; RUBIO LLORENTE, F.; "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pág. 417-432; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; "Relación entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 113, 1987, pág. 7-38; Díez-Picazo Jiménez, L.M.; "Concepto de ley y tipos de leyes. ¿existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 47-95 y ASÍS ROIG, A. de; "La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978", en AAVV.; *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 169-218.

⁵³⁵ Como consecuencia de la supuesta inexistencia de límites a la expansión del ámbito de la ley.

⁵³⁶ Díez-Picazo, habla de "dirección de la comunidad", "Concepto de ley...", *op. cit.*, pág. 89.

⁵³⁷ Sobre este concepto *vid.* DE CABO MARTÍN, C.; "Estado social de derecho y ley general: una perspectiva constitucional", en *Jueces para la Democracia*, núm. 23, 1994, pág. 35-40. La idea de la generalidad como un carácter de la ley que en algún momento la Constitución presupone puede verse, en DE CABO MARTÍN, C.; "Garantismo y ley material", *op. cit.*, pág. 61 y ss.

simples leyes particulares cuyo objetivo se limita a la regulación de una situación de hecho determinada que no precisa ni siquiera de una norma ejecutiva, pues es autoaplicativa⁵³⁸. La supuesta inexistencia de límites a la expansión de la densidad legislativa⁵³⁹ puede conducir al legislador a llevar su regulación hacia la máxima precisión⁵⁴⁰.

RAZQUÍN LIZARRAGA intenta buscar límites a la potestad legislativa con referencia a la normativa autónoma, y señala como esta *presunta* ausencia de límites provoca que una misma materia sea regulada en un determinado momento "por ley, en otro por reglamento, y en la Comunidad Autónoma vecina, los instrumentos jurídicos utilizados son los inversamente contrarios"⁵⁴¹. Junto a las tradicionales explicaciones basadas en el comportamiento parlamentario -la satisfacción inmediata de intereses sectoriales concretos entra en la estrategia del parlamentario- cabe tener presente que la regulación por ley del ordenamiento -lo que la doctrina francesa denomina *légifération*- se integra en la perspectiva de las relaciones entre gobierno y mayoría parlamentaria⁵⁴².

Así, un gobierno que posee mayoría estable en el Parlamento puede tener interés en seguir el procedimiento legislativo más allá de los supuestos de reserva. La adopción de unas disposiciones de rango legal, que en principio

⁵³⁸ Con ello se quiere señalar que la crisis de la generalidad de la ley es uno de los síntomas de la llamada crisis de la ley; sobre este concepto y la posibilidad de las leyes singulares *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, *op. cit.* pág. 516-518 y 526-529; ARIÑO ORTIZ, G.; "Leyes singulares, leyes de caso único", *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, pág. 57 y sg. y RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M. "Ley autonómica, reglamento y control", en *Revista de Administración Pública*, núm. 128, 1992, pág. 107 y ss.

⁵³⁹ La doctrina ha intentado configurar algunos límites a la ley singular, como los que derivan de la división de funciones; en este sentido *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, A.; "Función legislativa y la "reserva de administración"; notas sobre un nuevo concepto", en AAVV, *Las Cortes Generales*, vol. II, IEF, 1987, *passim*, y MUÑOZ MACHADO, S.; *La reserva de jurisdicción*, Ed. La Ley, Madrid, 1989.

⁵⁴⁰ J. DE OTTO deplora que las Cortes no se limiten al tratamiento de "los aspectos que merezcan políticamente su atención" en *Derecho Constitucional...*, *op. cit.* pág. 202.

⁵⁴¹ RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M. "Ley autonómica, reglamento y control", *op. cit.*, pág. 109.

⁵⁴² RAZQUÍN LIZARRAGA, *op. cit.*, pág. 109-110; y SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, *op. cit.* pág. 737-738.

hubieran podido ser objeto de promulgación por vía de decreto, gozan de una especial legitimidad debido a la utilización del procedimiento legislativo, y además, se excluye el control de las mismas de la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a la limitada legitimación para acceder a la jurisdicción constitucional. Si por el contrario, estamos en presencia de un gobierno con mayoría relativa se llega al mismo convencimiento con una explicación algo diferente. La utilización del procedimiento legislativo en este caso, puede permitir que una mayoría parlamentaria circunstancial, de diferente signo que la del gobierno pueda imponerle sus puntos de vista. Esta mayoría posee una dinámica interna que la empuja a ocupar el sector de la legislación pero también el de la administración y puede llegar a desposeer al gobierno de sus competencias ejecutivas para ejercerlas conforme a los objetivos bajo los que se ha constituido sin que sea suficientemente estable para trastocarlo y sustituirlo. "Se trata, en definitiva, de un gobierno a través del Parlamento, cuando menos en casos puntuales"⁵⁴³. Por ello podemos decir que las dos lógicas nos llevan al mismo resultado.

Sin embargo, no podemos dejar de constatar que la conquista legislativa de un ámbito cada vez más amplio también tiene consecuencias sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. A primera vista, se podría pensar que la intervención *suplementaria* de la ley representa, por mor de su carácter democrático, una garantía adicional con referencia a la regulación reglamentaria. Pero, en realidad, los elementos *garantistas* no producen su plena efectividad más que por relación a una concepción de la ley considerada como la norma de las grandes opciones políticas. Cuando el legislador se aleja de este supuesto *administrando* la norma por él dictada, estos elementos tienden a perder su eficiencia. Más concretamente, la garantía resultante es

⁵⁴³ RAZQUÍN LIZARRAGA, *op. cit.*, pág. 110-111. El autor pone el ejemplo de la Ley Foral 7/1989, de 8 de junio, que atribuía al Gobierno la facultad para delimitar las zonas en las que se podía ejercer derechos de tanteo y retracto para suelo destinado a viviendas de protección oficial; dicha Ley fue modificada en el año 1990, estableciendo que "la delimitación de las zonas se aprobará por ley formal"; posteriormente, una nueva reforma del año 1992 ha vuelto a modificarla.

menos eficaz que la procedente de la intervención reglamentaria. Ello es lo que explica que el reglamento sea, sobre todo, una "norma de proximidad", debido, en parte a la existencia de un verdadero derecho constitucional de participación durante la elaboración de la norma administrativa, previsto en el art. 105 CE⁵⁴⁴.

Ciertamente, la ley es producto de los órganos representativos de la población, pero se trata de una representación mediatizada, con todas las posibilidades de deformación que conlleva⁵⁴⁵. En cambio, la participación de los administrados en la elaboración de las disposiciones administrativas es más directa. Y su impacto es tanto más importante cuando se trata de las personas interesadas⁵⁴⁶. De este modo, a menudo, la aprobación de una materia por ley pretende evitar la necesaria participación de los ciudadanos con ocasión de la elaboración de los reglamentos o "se rebaja su importancia dada su escasa o nula incidencia dentro del procedimiento legislativo"⁵⁴⁷.

Por otro lado, la actuación legislativa en los ámbitos no expresamente atribuidos por la Constitución tiene también incidencia sobre el derecho al recurso de los administrados, el derecho a la impugnación. Las leyes que regulan de forma muy detallada una materia "implican una evidente merma de

⁵⁴⁴ Vid. un estudio de dicho precepto en CASTELLÀ ANDREU, J.M.; *Los derechos de participación política en la Administración Pública*, CEDECS, Barcelona, 2000, pp..... De este modo, la falta de participación ciudadana (individual o colectiva) puede constituir un vicio que comporte la anulación de los reglamentos; sin embargo, no puede obviarse que un reglamento de elaboración participada no es asimilable a las leyes desde el punto de vista de la reserva de ley; vid. TORNOS MAS, J.; "La relación entre ley y reglamento...", *op. cit.*, pág. 501-503.

⁵⁴⁵ Sobre las posibilidades de participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo vid. LAVILLA RUBIRA, J.J.; "La audiencia a los interesados en el procedimiento legislativo", en *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo 1994*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pág. 195-204; respecto al ámbito autonómico puede consultarse AJA FERNÁNDEZ, E. Y LARIOS PATERNA, M.J.; "Parlamentos autonómicos y participación popular. La participación de los grupos sociales en la elaboración parlamentaria de las leyes", en *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 6, 1998, pp. 79-100.

⁵⁴⁶ Sobre la participación de los sectores afectados en el ámbito reglamentario vid. CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Los derechos...*, *op. cit.*, pp.....; REBOLLO PUIG, M.; "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", en *Revista de Administración Pública*, núm. 115, 1998, pág.110 y ss.

⁵⁴⁷ RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M.; *op. cit.* pág. 129.

las garantías de los ciudadanos que no pueden contestarla de forma directa⁵⁴⁸. La dialéctica que aquí se plantea reposa en la oposición entre la disponibilidad del recurso administrativo y las limitaciones de la vía de acceso a la jurisdicción constitucional, todo ello enmarcado en el art. 24 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva.

La sustitución de una regulación por reglamento mediante una ley tiende a reducir seriamente las posibilidades de defensa de los ciudadanos, puesto que no pueden interponer un recurso de amparo contra leyes, ni tienen acceso directo al Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad⁵⁴⁹ y aunque pueden solicitar a los tribunales ordinarios que planteen una cuestión de inconstitucionalidad sobre una ley aplicable al caso, ello no es automático, sino que depende de la apreciación de los jueces. En cambio, siempre pueden interponer un recurso directo contra los reglamentos y además los jueces pueden plantear también la cuestión de ilegalidad sobre los mismos⁵⁵⁰. Así, la adopción por ley de una materia –en los supuestos en los que no exista un imperativo constitucional que imponga el recurso a este tipo de fuente- cuyo contenido son disposiciones administrativas, disminuye, en gran medida, las posibilidades de control jurisdiccional de la regularidad de la medida que afecta a los ciudadanos y con ello, de las garantías de las que pueden disponer frente a las disposiciones que les afecten⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ ASÍS ROIG, A. de; "La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978", en AAVV.; *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 203. En el mismo sentido puede consultarse también, ARIÑO ORTIZ, G.; "Leyes singulares, leyes de caso único", *op. cit.* pág. 59; J. PARADA VAZQUEZ, "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (el caso RUMASA)", *Revista de Administración Pública*, núm. 100/102, 1983, pág. 1159 y 1161.

⁵⁴⁹ Sobre la limitada legitimación de los ciudadanos ante la jurisdicción constitucional *vid.* por todos, SÁNCHEZ MORÓN, M.; "La legitimación activa en los procesos constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pág. 32 y ss.

⁵⁵⁰ Previsión establecida en el art. 27 y en el Capítulo III, arts. 123-126 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵⁵¹ Disminución provocada por una intervención legislativa en el ámbito de la ejecución. Ello supone, además, inmunizar dichas normas contra el recurso contencioso-administrativo. En este sentido puede consultarse PARADA, J.R.; "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas...", *op. cit.* pp. 1159.

El Parlamento se ha acostumbrado a legislar sobre casos particulares sin que esta legislación suponga o llame a la intervención reglamentaria, cuando el contenido de estas leyes se acerca más a decisiones concretas enunciadas para resolver problemas particulares⁵⁵². De este modo, al aumentar la regulación de detalle, la ley deviene cada vez más precisa, renunciando así a una propiedad que le reconocía la doctrina clásica, la generalidad. La ley se entendía como expresión de una voluntad general y como tal debía tener también un carácter general, debía afectar a todos los individuos o a un sector de los mismos, no siendo materia de ley la individualización de los mandatos que correspondía al poder ejecutivo.

Ante la amplitud de este fenómeno, que puede considerarse general, y de forma muy especial, en el ámbito autonómico, doctrina⁵⁵³ y jurisprudencia⁵⁵⁴ vienen a coincidir en que este tipo de actuaciones del legislador, este exceso

⁵⁵² A favor de un ámbito reglamentario para determinadas actuaciones públicas como límite a estos excesos del legislador se pronuncia BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 143-147.

⁵⁵³ *Vid.* PARADA, J.R.; "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas...", *op. cit.* pág. 1160-1163. También ha insistido en esta posición ARIÑO ORTIZ, G.; "Leyes singulares, leyes de caso único", *op. cit.* pág. 57-101; RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M.; "Ley autonómica...", *op. cit.*, pp. 107-143; SANTAMARÍA PASTOR ha señalado tres límites a la ley singular: la distribución constitucional de competencias entre los órganos del Estado, el principio de igualdad y el principio general de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 528.

⁵⁵⁴ El Tribunal Constitucional ha confirmado la posibilidad y realidad de este tipo de leyes en la STC 166/1986 (caso Rumasa) en cuyo FJ 11 puede leerse lo siguiente:

"La vocación a la generalidad que, su propia estructura interna, impone a las Leyes viene protegida, en nuestra Ley Fundamental, por el principio de igualdad en la ley establecido en su artículo 14, pero este principio no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora. Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la Ley singular (...) debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta.

Según ello, la Ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. El control de constitucionalidad opera así en un doble plano, para excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho, que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad y para asegurar la razonabilidad, en función del fin propuesto, de las medidas adoptadas". En el mismo sentido STC 6/1991, de 15 de enero.

legislativo, deben encontrar límites en la propia Constitución⁵⁵⁵, y en concreto, deben respetar el principio de igualdad del art. 14 CE. El punto de partida reside en la constatación de que algunas leyes que sobrepasan las reservas establecidas tienen un contenido material que se asimila a la mera actividad ejecutiva⁵⁵⁶, y ello puede provocar una defectuosa tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos afectados por las mismas debido esencialmente, a la actuación del legislador como *administración*⁵⁵⁷.

1.4.5. Sobre la existencia de una reserva de administración

Si bien es cierto que la Constitución no reserva ninguna materia a la regulación reglamentaria también lo es que atribuye determinadas funciones a los diferentes poderes estatales que instituye⁵⁵⁸. Ello implica que el legislador no puede cuestionar la propia esencia de la separación de poderes sino que, por el contrario, debe respetar en su actividad estas otras funciones estatales. Así, se ha intentado configurar, con fundamento en el art. 117.3 CE, una *reserva de jurisdicción* que se traduce en la existencia inalterable de un margen de

⁵⁵⁵ Pues ante la ausencia de mecanismos para frenar el exceso legislativo, el equilibrio entre los dos tipos de actos -ley y reglamento- descansaría únicamente en la propia autolimitación de la ley. En Francia, este mecanismo de protección consiste en la previsión de la reserva reglamentaria. Así, definir el dominio de la ley y especialmente del Parlamento no significa sólo reducir la vida parlamentaria, significa igualmente, con relación a las responsabilidades del Gobierno, asegurar entre los ministros y la asamblea un reparto necesario de funciones. Al respecto *vid.* BARRAT i ESTEVE, J.; *La reserva reglamentaria*, pág. 145 y ss.; BÉCHILLON, D. de; *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Paris, 1996, pág. 65 y ss.; BOULOUIS, J.; "L'influence des articles 34 et 37 sur l'équilibre politique entre les pouvoirs", en *Le domaine de la loi et du règlement*, (dir. L. Favoreu), Coll. droit public positif, Economica, PUAM, 2 ed. 1981, pág. 195-207; TREMEAU, J.; *La réserve de loi*, Tesis doctoral, 1994, pág. 247 y ss.

⁵⁵⁶ Lo que la doctrina italiana denomina *leggine*. La otra alternativa sería para PORRAS NADALES cuestionar la "funcionalidad del órgano legislativo para responder eficazmente a las "necesidades" del sistema social", teniendo en cuenta que éstas pueden requerir respuestas inmediatas o contundentes. Lo que ocurre es que el órgano ejecutivo dispone de mecanismos más rápidos de actuación que aseguran la puesta en práctica de las políticas intervencionistas. *Vid.* el Prólogo a la obra *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, de CARMONA CONTRERAS, A; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 21-25.

⁵⁵⁷ Así se señala en el voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC 166/1986 del caso Rumasa.

⁵⁵⁸ Esta es, por otra parte, la implicación más importante del principio de división de poderes, entendido actualmente como distribución de funciones. Al respecto *vid.* GARCÍA PELAYO, M.; *Voz*

decisión a favor del juez⁵⁵⁹. Y se traduce en un límite para el legislador que no podrá transformar la jurisdicción en un simple mecanismo de concreción, respecto a personas determinadas, de las disposiciones por él dictadas⁵⁶⁰. Así, la prohibición de inmiscuirse en la función otorgada por la Constitución a los órganos jurisdiccionales, legitimaría que el legislador no extendiera indefinidamente su función legislativa, dejando a los jueces un margen de discrecionalidad postulado por el principio de independencia judicial.

Sin embargo, nuestra Constitución, como señala Díez-Picazo, no reconoce un principio de exclusividad administrativa paralelo al que consagra en el art. 117.3 respecto a la llamada *reserva de jurisdicción*⁵⁶¹. A pesar de ello, se ha intentado configurar una *reserva de administración* a partir de las funciones constitucionalmente atribuidas al Gobierno. Concretamente, la previsión del art. 97 CE respecto a la función ejecutiva, puede suponer un límite a la actuación del legislador en tanto que, en su actividad legislativa, no podrá privar al Gobierno de la misma⁵⁶². En este sentido esta *reserva de administración* puede constituir otro límite al denominado exceso legislativo, pues la ley no podrá llegar en su regulación hasta el punto de excluir una intervención gubernamental realizada bajo el título de la función ejecutiva que le otorga la Constitución. De este modo, se configura como un instrumento de protección de los espacios de acción a favor de la función de administración, y, a su vez, de mecanismo contra las denominadas *leggini*, prohibiendo a la ley regular

"División de poderes", *Diccionario del Sistema Político Español*, ed. J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, Madrid, 1984, pág. 229 y ss.

⁵⁵⁹ Sobre la introducción de este concepto de origen italiano y alemán en nuestro ordenamiento puede consultarse S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, *passim*.

⁵⁶⁰ En última instancia, cuando el legislador aprueba unas disposiciones individualizadas, desprovistas del carácter de la generalidad, sustituye, pura y simplemente, al poder jurisdiccional al reglar casos particulares.

⁵⁶¹ Considera el autor que ello tampoco tendría mucho sentido habida cuenta que una de las funciones del Parlamento es el control del poder ejecutivo, en "Concepto de ley...", *op. cit.*, pág. 63 y ss.

⁵⁶² Los conceptos de gobierno o administración como funciones constitucionales del Estado tienen, ciertamente, como señala DE OTTO una difícil delimitación jurídica; en "La posición constitucional del Gobierno", en *Documentación Administrativa*, núm. 188, 1980, pág. 139 y ss.

cuestiones que, por su naturaleza, pertenecen más a la ejecución que no a la determinación de los objetivos fundamentales de la comunidad⁵⁶³.

En virtud del principio de la división de poderes, la separación entre ley y reglamento no depende de una distribución material sino de la atribución de las funciones respectivas a Parlamento y Gobierno. En este marco, la *reserva de administración* se manifiesta como un espacio irreductible asegurado al ejecutivo por la existencia de dicho principio que se opone a la existencia de una *competencia* universal del Parlamento⁵⁶⁴. Así, una vez definidos los grandes principios directores, una vez establecidos los fundamentos de una legislación conforme a la reserva de ley hasta lograr que las normas secundarias estén verdaderamente enmarcadas en una legislación primaria completa, corresponde entonces al Gobierno dictar las reglas de ejecución de la misma, según la Constitución. Aún más, el legislador no podrá disminuir los poderes gubernamentales sustituyendo al ejecutivo y definiendo él mismo las reglas de ejecución⁵⁶⁵, ya que el reglamento constituye el ejercicio de una potestad normativa genérica que la Constitución atribuye al Gobierno.

Por ello, la yuxtaposición junto a la reserva de ley de una *reserva de jurisdicción* o de una *reserva de administración* tiende a evitar que los poderes jurisdiccional y ejecutivo pierdan toda la independencia a favor del poder legislativo. El objetivo de estas construcciones es establecer límites a la actuación del legislador que amparándose en el ejercicio de la potestad

⁵⁶³ BAÑO LEÓN mantiene una posición escéptica respecto a la virtualidad de esta construcción, en *Los límites constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 134. Por otro lado, SANTAMARÍA PASTOR ha rechazado la existencia de una reserva de Administración en nuestro ordenamiento, pero quizás, su rechazo se fundamenta en intentar, con este concepto, preservar ámbitos de actuación para la Administración, frente a la ley, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 790-791. Sin embargo, nosotros defendemos un ámbito reservado para la función de administrar que no para el órgano Administración.

⁵⁶⁴ Sobre el origen alemán del concepto de *reserva de Administración*, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, A.; "La función legislativa y la "reserva de administración": notas sobre un nuevo concepto", en AAVV, *Las Cortes Generales*, vol. II, 1987, pág. 1445 y sg.

⁵⁶⁵ Las diferencias entre la potestad legislativa y la reglamentaria así como la de sus productos normativos son señaladas por GARRORENA, A.; *El lugar de la ley...*, *op. cit.*, pág. 97-98.

legislativa utiliza en ocasiones la ley como un instrumento para dar respuesta al ejercicio de las funciones de impulso y control⁵⁶⁶.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre alguno de estos puntos. En la ya citada STC 166/1986, de 19 de diciembre, que analizaba la constitucionalidad de la ley 7/1983 de conversión del decreto-ley sobre expropiación de Rumasa, el Tribunal se plantea si una expropiación de este tipo puede ser realizada íntegramente por una ley particular, pues el art. 33 CE establece que la privación de la propiedad debe realizarse conforme a las disposiciones legales. Los recurrentes alegaban que no podía realizarse una ley particular para privar de su propiedad a una persona determinada. La única posibilidad residía en proceder a la expropiación sobre la base de las disposiciones legislativas en vigor, y definir, sobre este fundamento, la necesidad pública y las modalidades de indemnización. Los preceptos invocados fueron también los arts. 14 y 24. CE.

El Tribunal elabora un verdadero marco jurídico para las leyes particulares. Inicia su argumentación señalando que ninguna disposición constitucional prescribe una estructura formal determinada para las leyes. Por tanto, pueden revestir la forma de leyes singulares y pueden ser definidas como aquellas que tienen vocación para regir un supuesto de hecho particular y que agotan su eficacia en la adopción y ejecución de la medida adoptada por el legislador (FJ 10 y 11). No obstante, existen unos principios que limitan o restringen la posibilidad de dictar leyes singulares, y es que este tipo de leyes sólo pueden intervenir de forma excepcional:

- El primero de estos principios reside en la vocación de generalidad de las leyes. Ello deriva de la consagración de la igualdad como principio

⁵⁶⁶ Así se manifiesta ARAGÓN, M.; La función legislativa de los Parlamentos y sus problemas actuales", en GARRORENA MORALES, A. (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 140.

constitucional, como norma que prohíbe las discriminaciones arbitrarias e injustificadas. Así, la ley particular se presenta como la hipótesis extrema de la ley de diferenciación, por lo que este tipo de ley *"debe responder también a una situación excepcional igualmente singular"* (FJ 11). Es, por tanto, la singularidad de la situación de hecho la que justifica que la intervención legislativa se realice según esta modalidad específica. La verificación del respeto al principio de igualdad implica unas restricciones a la utilización de "leyes de caso único".

- Otra causa de restricción se debe al hecho que *"el contenido material de las leyes singulares es, al menos en parte, actividad ejecutiva, de administración (...). En consecuencia, dichas leyes constituyen una intervención del legislador en el ámbito del poder del gobernante y administrador"* (FJ 11). El Tribunal admite que la lógica de las leyes singulares conduzca a sustituir al poder reglamentario, pues el Parlamento lleva su regulación más allá de lo que impone el respeto a la reserva de ley⁵⁶⁷.

A la vista de estas consideraciones, ¿cómo puede articularse jurídicamente un fenómeno de este tipo?. Para el supremo intérprete de la Constitución *"no puede desconocerse que la Constitución encomienda la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales -art. 66.2- y la ejecución al Gobierno -art. 97- y, por tanto, esta separación debe ser normalmente respetada a fin de evitar el desequilibrio institucional que conlleva la intromisión de uno de dichos poderes en la función propia del otro"* (FJ 11).

De este párrafo transcrito bien puede deducirse que nuestro Tribunal acoge la concepción de que las funciones precisas que la Constitución asigna a los órganos constituidos comporta, consecuentemente, la prohibición de que uno

⁵⁶⁷ Ya el Ministerio Fiscal, afirmando la validez de las expropiaciones por vía de ley especial, admite que "la potestad expropiatoria se configura de ordinario como potestad administrativa" y reconoce que el poder legislativo ha sustituido, en este caso, al menos parcialmente, al Gobierno (Antecedente 6).

de estos órganos modifique esta distribución constitucional. Es precisamente, el equilibrio institucional querido por el texto de la Constitución, el que queda en entredicho si el legislador se arroga el ejercicio de funciones atribuidas a los otros órganos constitucionales. Esta decisión parece consagrar la existencia de una reserva de la función de administración, fundamentada en la Constitución, y que prohíbe la irrupción del legislador en la función ejecutiva conferida al Gobierno. Ello explica que *"la adopción de leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad"* (FJ 11).

Aquí se encuentra la justificación del carácter excepcional que han de revestir las leyes singulares. Después de señalar el principio de que la ley no ha de inhibir la función gubernamental de ejecución, el Tribunal, a través de una motivación constructiva basada en un paralelismo con la posibilidad de que el Gobierno sustituya al legislador en los casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE), admite que el legislador pueda hacer uso de la función de ejecución en casos determinados. Son casos excepcionales en los que los instrumentos normativos propios de la Administración resultan ineficaces debido a la elevada complejidad del asunto y ello hace necesaria la intervención del legislador.

De toda esta argumentación cabe deducir que el Tribunal admite que el legislador no pueda extender su potestad legislativa sin límites, pues debe respetar la integridad de la función ejecutiva gubernamental. Únicamente para hacer frente a situaciones singulares y poco habituales el legislador puede ir más allá en su regulación.

Después de establecer los caracteres propios de esta situación que justifica la utilización de la ley singular, el Tribunal aplica su doctrina al caso concreto de la expropiación: "*la propiedad expropiatoria (...), vino y viene considerándose función administrativa encomendada, consiguientemente, a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita, por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional, y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración*" (FJ 13).

En este párrafo se observa cómo la *reserva de administración* no se analiza como una reserva material, a diferencia de la reserva reglamentaria, sino como una atribución funcional, que puede ser *derogada temporalmente* ante una situación excepcional. Si bien la materia de la expropiación no está reservada al reglamento, la facultad de poner en práctica la expropiación en los casos y según los procedimientos establecidos por las leyes, está considerada como una función típicamente ejecutiva, que pertenece propiamente a la Administración⁵⁶⁸. De este modo, el Alto Tribunal pone límites a los excesos *legislativos* salvaguardando un espacio de potestad a favor del Gobierno⁵⁶⁹.

2. TIPOLOGÍA DE RESERVAS

Una vez definida la reserva de ley como una disposición constitucional que exige a esta fuente legislativa la disciplina de una determinada materia o de un determinado objeto. Ello comporta, por un lado, la necesidad de que la ley

⁵⁶⁸ Así, el Tribunal da validez a la expropiación operada *ope legis* en el caso RUMASA. Rechaza, además, el argumento fundamentado en el *déficit* respecto a la impugnación de la ley-a partir de la posibilidad de solicitar al juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (FJ 15).

⁵⁶⁹ Ciertamente, la ausencia de límites puede conducir a una situación paradójica, como la existencia de amplias vías de derivación que permitan al Gobierno suplir al Parlamento legislando (con las opciones que le otorga la Constitución en los arts. 82 y 86) y el Parlamento sustituye al Gobierno ejecutando las decisiones que él mismo ha adoptado. Para evitar estos posibles efectos se buscan técnicas jurídicas que permitan llegar a un equilibrio, como puede ser la reserva de administración.

discipline de forma efectiva y completa la materia –aspecto positivo de la reserva-, y por otro, que la misma no pueda ser regulada por fuentes diversas –aspecto negativo de la reserva⁵⁷⁰. Ciertamente, la vinculación del legislador a las reservas es total, por lo que aunque *a priori* parezca establecida a su favor él no puede renunciar, actúa como una obligación de la misma forma que las restantes disposiciones constitucionales.

Sin embargo, los imperativos constitucionales son diversos, concretamente la naturaleza y la intensidad o fuerza que recae sobre el órgano legislativo parecen imponer un mayor o menor grado de desarrollo legislativo. Y es en función de alguno de estos factores que se ha procedido a realizar una clasificación de las diferentes reservas⁵⁷¹. Así, siguiendo la sistematización que en su día realizara MORTATI podemos distinguir entre reservas simples y reservas reforzadas, por un lado y por otro, entre reservas absolutas y relativas⁵⁷². Sin embargo, ha sido esta última distinción la que ha tenido una mayor calado en nuestra doctrina y jurisprudencia.

⁵⁷⁰ Para una puntualización sobre los dos aspectos *vid.* SORRENTINO, F.; *Lezioni sulla riserva di legge.., op. cit.*, pág. 9 y ss.

⁵⁷¹ Se ha intentado también establecer una distinción de reservas en atención a la fórmula o expresión que utiliza el texto constitucional para hacer la reserva. Así, expresiones como “sólo por ley”, “la ley regulará”, “la ley establecerá” o “por ley”, parecen exigir un determinado tipo de intervención legislativa (de densidad legislativa); mientras que otras expresiones como “con arreglo a la ley”, “en los términos que la ley establezca” o “mediante ley” pueden hacer referencia a una regulación menos intensa del legislador, permitiendo que además el reglamento pueda colaborar en la regulación de la materia con un mayor margen de actuación. Sobre estas distinciones *vid.* BAENA DE ALCÁZAR, M.; “Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, IEF/DGCE, vol. I, Madrid, 1979, pág. 281-310 y GARCIA MACHO, R.; *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 116 y ss. Sobre el fundamento constitucional incierto de esta distinción *vid.* VILLACORTA MANCEBO, L.; *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 36-37; y en la doctrina italiana SORRENTINO, F.; y BALDUZZI, R.; “Riserva di legge”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 1207-1223 y ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1992, pág. 54-57, para quien el criterio literal o gramatical es insuficiente y propone su integración mediante el recurso a razones históricas y sistemáticas que ayuden a determinar la *ratio* de la diversas reservas.

⁵⁷² MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. I, CEDAM, Padua, 1975, pág. 343 y ss. En Italia, como señala CRISAFULLI la distinción entre reserva absoluta y relativa es fruto exclusivo de la elaboración doctrinal y de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* y difícilmente encuentra fundamento en las disposiciones constitucionales lo cual implica que está sujeta a la sensibilidad del intérprete; *vid.* CRISAFULLI, V.; *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padua, 1984, pág. 56.

Estas tipologías atienden, sobre todo, a cuantificar la extensión de regulación legal que impone la Constitución, -lo que se denomina la determinación *en profundidad* de la reserva de ley en el seno de una concreta materia-⁵⁷³. Y en este sentido, no puede negarse que exigir a la ley la regulación de la integridad de la materia reservada comportaría también el establecimiento del conjunto de medidas necesarias para aplicar dicha regulación. A parte de las dificultades técnicas, no tendría sentido en las reservas, pues la finalidad de las mismas es garantizar que las normas primarias vengan establecidas exclusivamente por fuente legislativa a la que deben encontrarse estrictamente sometidas las normas secundarias⁵⁷⁴. Por ello, un estudio sobre la reserva de ley debe analizar la amplitud de la misma considerada en su dimensión vertical, pues de esta amplitud dependerá el campo abierto, en el interior de la reserva, a quien no puede ser más que un poder reglamentario de ejecución.

Las diferentes clasificaciones que analizaremos atienden a la mayor o menor extensión que la Constitución asigna a la fuente legislativa.

2.1. RESERVAS ORDINARIAS Y RESERVAS REFORZADAS

Esta primera distinción atiende a elementos intrínsecos a la propia reserva. En el caso de la reserva ordinaria la Constitución se limita a imponer la intervención de la ley. En cambio, se califica como reforzada aquella reserva de ley que se ve acompañada de prescripciones de contenido respecto al

⁵⁷³ O lo que es lo mismo, determinar la función que la Constitución asigna a la ley en ese concreto sector o materia reservada. Ciertamente, la función de la reserva no es excluir la intervención reglamentaria, pero sí constituir un estricto límite a esa potestad prohibiendo que el ejecutivo sustituya al legislativo.

⁵⁷⁴ Desde este punto de vista, la reserva actúa como garantía del principio de jerarquía en determinadas materias.

modo en el que debe ser disciplinada la materia⁵⁷⁵. Estas reservas reforzadas suponen un *plus* de vinculación para el legislador respecto al marco general determinado por el conjunto de normas constitucionales, pues el ejercicio de la función legislativa en unas concretas materias se encuentra delimitado, también, por las normas que establecen las reservas.

Un ejemplo característico de una reserva de este tipo lo encontramos en la *ley electoral* a la que hacen referencia los arts. 68 y ss. CE. El *contenido* de dicha ley viene enmarcado o definido por las propias disposiciones constitucionales⁵⁷⁶. Así, la reserva de ley reforzada procede de la voluntad de los constituyentes de agravar, en un punto preciso, las condiciones de validez constitucional de la ley, con el objetivo de reforzar las garantías que pueden oponerse al legislador a propósito de una materia determinada. Se trata, como señala ZAGREBELSKY⁵⁷⁷ de evitar, por la canalización del poder legislativo, eventuales abusos de la mayoría parlamentaria.

⁵⁷⁵ La distinción entre reserva simple u ordinaria y reserva reforzada fue establecida, principalmente, por la doctrina italiana. Al respecto *vid.* MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico...*, *op. cit.* y BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", en *Enciclopedia diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 1208. Para ZAGREBELSKY la reserva reforzada o agravada hace referencia a razones procedimentales "en el sentido que el poder legislativo debe ser ejercitado con una especial modalidad", en *Manuale di Diritto Costituzionale...*, *op. cit.* pág. 55.

⁵⁷⁶ Así, la previsión del art. 70 CE que establece las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que necesariamente debe contemplar la Ley electoral. En este sentido la STC 72/1984, (Recurso de inconstitucionalidad contra el Proyecto de LO de incompatibilidades de Diputados y Senadores) señaló que "*la solución adoptada por el art. 70 de la Constitución, se presenta como un punto intermedio entre las soluciones que ofrece el derecho comparado y la historia del constitucionalismo de nuestro país, que son, a saber, la de establecer en la propia Constitución las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros del Parlamento y la de remitir esta materia a la Ley Orgánica. El artículo 70 establece una solución intermedia al remitirlo a la Ley, pero no a cualquier tipo de Ley, sino a la Ley Electoral (...); y al limitar, por consiguiente en doble sentido el margen del legislador que puede establecer otros caminos siempre que lo haga en la Ley Electoral y siempre que además, al hacerlo, cumpla con los restantes preceptos constitucionales*".

Otro ejemplo claro puede verse en el art. 16 CE que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación "que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". De este modo, se asigna una finalidad a la ley de tal forma que no puede restringir la libertad proclamada más que para conciliarla con el único objetivo constitucionalmente enunciado. En este último caso, puede decirse que la reserva es finalista, que está ultimada en una finalidad: al mismo tiempo que prevé la intervención del legislador designa un marco específico, esto es, reduce el margen general de poder discrecional del legislador al fijar los límites precisos de la ley.

⁵⁷⁷ ZAGREBELSKY, G.; *Manuale di Diritto...*, *op. cit.* pág. 54.

La reserva reforzada se manifiesta también por la previsión de especificaciones procedimentales para la elaboración de la ley. Este sería el caso de las leyes orgánicas previstas en el art. 81 CE, que requieren para su aprobación y modificación, "mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto". La *ratio* de este tipo de leyes parecer ser evitar el arbitrio de la mayoría, pues se exige el expreso apoyo o al menos, la no oposición de las fuerzas minoritarias⁵⁷⁸. En este supuesto, se hace patente la función de la reserva como límite a la mayoría y con ella, de tutela de las minorías⁵⁷⁹. De este modo, la calificación de una reserva como reforzada expresa supuestos en los que las disposiciones constitucionales remiten a la ley la disciplina o regulación de ciertos objetos, pero incorporan también indicaciones sustantivas sobre el modo en el que dicha disciplina debe ser realizada. Por contra, será simple la reserva prevista en la norma que se limita a reenviar a ley la disciplina de una cierta materia sin establecer ningún condicionante a la misma.

Para BALDUZZI y SORRENTINO la categoría de reserva de ley reforzada es infundada⁵⁸⁰, puesto que las prescripciones que incorpora la norma constitucional respecto al contenido de la disciplina a adoptar, no aportan nada nuevo ni modifican, por sí solas, la propia estructura de la reserva. Es cierto que, si se considera que la ley está sometida normalmente a múltiples límites de carácter sustantivo, también allí donde la Constitución parece otorgarle la plena disciplina de la materia, el simple hecho de que tales límites sean indicados expresamente en la propia disposición que prevé la reserva o en otra

⁵⁷⁸ Entre una abundante bibliografía puede destacarse GARRORENA MORALES, A.; "Acerca de las leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980, pág. 169 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; "Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración", en *Revista de Derecho Político*, núm. 4, 1979, pág. 90 y ss; del mismo autor es imprescindible su *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 463 y ss; PEMÁN GAVÍN, J.; "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho", en AAVV.; *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 136 y ss., y DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 111 y ss.

⁵⁷⁹ *Vid. supra*.

⁵⁸⁰ *Vid.* BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", *op. cit.* pág. 1210.

disposición constitucional no cambia la estructura de la ley. Ello comporta, que también en el supuesto de la reserva considerada ordinaria, en la que pudiera parecer que el constituyente otorga al legislador una *ilimitada* potestad legislativa de disciplinar la materia, la ley encuentra límites, tanto de carácter general -como puede ser el principio de igualdad- como límites específicos que aun sin estar previstos expresamente en la disposición que establece la reserva, se deducen de la interpretación sistemática de otras disposiciones o del conjunto de valores protegidos por la Constitución; pero son límites que actúan frente a todo ejercicio de la función legislativa, es decir, frente a cualquier norma legislativa adoptada o no en virtud de una reserva de ley, por lo que no son privativos de ésta última.

Sin embargo, no es menos cierto que la conexión que se realiza entre la reserva de ley reforzada y los límites teleológicos que la norma constitucional establece para la ley que debe intervenir en la materia reservada permiten por un lado, demostrar la finalidad de determinada actividad legislativa y por otro, la existencia y la relevancia en sede de control jurisdiccional de la ley, de un *vicio por exceso de poder*⁵⁸¹. A pesar de ello, sólo postulando que la ley en materias objeto de una reserva simple u ordinaria no encuentra ningún límite material o sustancial, podrá reconocerse una cierta consistencia a la categoría de reserva de ley reforzada. Si no es así, quiere decirse que estamos en presencia de dos aspectos diferentes, el instituto de la reserva por un lado y los límites materiales a la propia ley por otro, sin que la estructura de la reserva

⁵⁸¹ Vid. STC Andorra, Ponente Aparicio. Es cierto que la ley es un acto libre en cuanto al fin y que el elemento teleológico es jurídicamente indiferente, lo que imposibilita un control causal de la misma, pero no debemos olvidar que en el caso de las reservas, es la propia Constitución la que impone la intervención del legislador, muchas veces en un determinado sentido, y una actuación legislativa que persiguiera una finalidad contraria amparándose en los propios preceptos constitucionales, puede ser calificada de *fraude de Constitución*. Ciertamente, las mencionadas indicaciones teleológicas pueden no derivarse directamente de una reserva de ley sino de una interpretación sistemática de la Constitución, por lo que en este supuesto también serían de aplicación a las denominadas reservas ordinarias. La posibilidad de realizar un control de las leyes sobre la noción de *desviación de poder legislativo* ha sido defendida por RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J.; "Desviación de poder y discrecionalidad del legislador", en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pág. 527 y ss. Una posición contraria se

se vea mínimamente modificada. Ello es precisamente lo que motivado que SORRENTINO considere que esta clasificación tiene un carácter meramente descriptivo y un limitado interés práctico⁵⁸², aunque desde el punto de vista de su control parece posibilitar un control más profundo.

2.2. RESERVA ABSOLUTA Y RESERVA RELATIVA

Este es quizá, el punto central de la actual problemática de la reserva de ley; la tradicional distinción entre reserva absoluta y reserva relativa⁵⁸³ que afecta a las relaciones entre la ley y el reglamento. Más concretamente, concierne al grado de regulación obligatoria que el legislador no puede eludir concediéndolo al ejecutivo. Así, se distingue entre reserva absoluta y reserva relativa, según se sostenga que la ley deba regular completamente la materia o el objeto reservado, o bien sea suficiente que regule la disciplina fundamental y remita el detalle a otras fuentes, generalmente subordinadas⁵⁸⁴.

La reserva absoluta determina la obligación de recurrir a la ley para la regulación íntegra de la materia u objeto reservado, excluyendo, así, la

encuentra en DÍEZ-PICAZO, L.M.; "Concepto de ley...", *op. cit.* pág. 74 y PIZZORUSSO, A.; *Fonti del diritto...*, *op. cit.* pág. 240-241.

⁵⁸² En *Lezioni sulla riserva di legge...*, *op. cit.* pág. 12-13.

⁵⁸³ El origen de esta distinción proviene, según AMATO, de la distinción alemana elaborada por Otto MAYER y Richard THOMA entre reserva exclusiva (*zwingende*) y reserva transferible (*übertragbare*), en *Rapporti fra norme primarie ...*, *op. cit.* pág. 89 nota 11. Sin embargo, esta filiación es cuestionada por otros autores como Vid. FOIS, S.; *La «riserva di legge»...*, *op. cit.*; pág. 135, nota 105, que consideran que esta distinción no hace referencia a un reparto de potestades normativas entre leyes y otras fuentes, sino a un problema diferente, el de la delegabilidad o transferibilidad de la función legislativa y de su ejercicio. Bajo esta óptica consideran que ningún derecho fundamental contiene una reserva no transferible y que el objeto de la distinción no es imponer unos límites a los poderes del legislador sino garantizar su posición prevaente para la definición de las orientaciones políticas del Estado. Vid. CARLASSARE, L.; *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padua, 1966, pág. 224, nota 140. Entre los autores favorables a realizar una distinción entre reservas, concretamente entre reserva absoluta y relativa, vid. entre otros, BASSOLS COMA, M.; "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, núm. 88, 1978, pág. 107 y ss; GARCIA DE ENTERRÍA, E.; *Curso...*, *op. cit.*, pág. 247 y ss; GARCÍA MACHO, *Reserva de ley...*, *op. cit.*, pág. 116 y ss.

⁵⁸⁴ En Italia esta clasificación ha sido avalada por la *Corte Costituzionale* y por el mismo legislador ordinario, mediante la aprobación del art. 17.1 de la ley núm. 400 de 1988. En este sentido, puede consultarse CRISAFULLI, V.; *Lezioni*, *op. cit.* pág. 56 y sg, y BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", *op. cit.* pág. 1215 y sg.

posibilidad de intervención del poder reglamentario y de toda fuente diferente a la ley. En este tipo de reserva la Constitución impone a la ley que discipline la materia en su totalidad, y además, de un modo suficiente, lo cual permite circunscribir la discrecionalidad de los órganos llamados a completar la regulación mediante una actividad meramente ejecutiva⁵⁸⁵.

Por el contrario, la reserva relativa sólo exige que el legislador regule los principales elementos de la materia que está reservada. La fuente legislativa puede así limitarse a trazar las líneas u orientaciones generales y a determinar los fundamentos normativos, remitiendo al poder reglamentario la tarea de desarrollar unos puntos concretos. Es suficiente con que el desarrollo legislativo permita encuadrar el ejercicio de los poderes normativos gubernamentales, por lo que es el legislador el que abre la posibilidad de colaboración normativa en la materia. En este marco, la reserva relativa no hace más que subordinar el acto reglamentario a la emanación de una ley que cubra el espacio reservado; por ello, lejos de prohibir el reglamento, la reserva no hace más que limitarlo, atenuando el rigor de la exclusión de la intervención reglamentaria que rige para la reserva absoluta. La existencia de una reserva implica que sólo a una fuente legislativa le corresponde definir las normas

⁵⁸⁵ Sin embargo, son evidentes las dificultades que surgen para determinar la suficiencia o suficiente complitud de la previa disciplina o regulación legislativa, a pesar de los esfuerzos que ha realizado la doctrina, especialmente italiana, para precisarla ulteriormente. Así, se defiende que la ley debe fijar "los principios generales de la materia" [PIZZORUSSO, A.; "Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, pág. 269 y ss] o "realizar las opciones" [AMATO, G.; *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, CEDAM, Padova, 1962, pág. 269]. A esta dificultad se añade la propia configuración de una reserva de este tipo y se intenta encontrar un fundamento constitucional. Sin embargo, aferrarse al criterio de la formulación de las diversas disposiciones constitucionales, es decir, a su tenor literal, es ciertamente, y en nuestra opinión, un criterio inseguro, aunque es el criterio en el que se fundamenta esta distinción. Así, se dice, las reservas absolutas serían aquellas establecidas en el texto constitucional con la expresión "sólo por ley"; y relativas las que contengan expresiones del tipo "mediante ley" o "la ley regulará". Sin embargo, la fragilidad del argumento literal se pone de manifiesto si se confrontan diversas disposiciones constitucionales. Así, se considera relativa la reserva del art. 103.2 cuando se hace referencia a que los órganos de la Administración del Estado son creados "de acuerdo con la ley". Pero, qué tipo de reserva establece el art. 30.2 CE cuando señala que "la ley fijará las obligaciones militares de los españoles"; o el art. 37.1 CE que prescribe que "la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva". ¿Se trata de reservas absolutas o relativas?. Como vemos, no son pocos los problemas que afloran y que tornan arbitraria la distinción. Por ello, hay algunos autores que prefieren considerar absoluta toda reserva, salvo que pueda atenuarse el rigor que exige en los casos de contextuales referencias a intereses generales, necesariamente políticos; *vid.*, por todos DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 154 y ss. y 229 y sg.

fundamentales, y ello conduce a que el Gobierno no sólo tenga la obligación de respetarlas sino, además, que no pueda dictar normas que presenten algún carácter innovador. En caso contrario, el Gobierno sustituiría inconstitucionalmente al legislador, enunciando normas primarias.

La clasificación de una reserva constitucional de ley en una de estas dos categorías -absoluta o relativa- es objeto de diferentes posiciones doctrinales pues de ello depende la amplitud de las prerrogativas del ejecutivo. A pesar de ello, y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá, existen dos ejemplos indiscutibles de cada uno de los dos tipos de reservas: la reserva penal, unánimemente considerada como una reserva absoluta, y la reserva fiscal, que normalmente tiende a revestir un carácter relativo⁵⁸⁶.

2.3. LA RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESTAS TIPOLOGÍAS

De las tipologías de reservas señaladas ha sido sobre todo la distinción entre absoluta y relativa la que más calado ha tenido en la jurisprudencia constitucional. Ello puede ser debido a que en el caso de las reservas reforzadas o agravadas no es necesario pasar por la constatación del carácter reforzado de la reserva para aplicar a la ley las restricciones específicas que la disposición constitucional establece; mientras que como la clasificación de una reserva en la categoría de absoluta o relativa no está expresamente afirmada por la Constitución, debe realizarse un análisis previo para aplicar las consecuencias que se derivan de su inserción, y definir, en consecuencia, la amplitud de la reserva.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede deducirse que ha aceptado esta distinción. Así, en la STC 25/1984, de 23 de febrero, se señala que *"la legislación en materia penal y punitiva se traduce en una reserva*

⁵⁸⁶ Sobre el carácter absoluto o relativo de ambas reservas *vid. infra*.

absoluta de ley" (FJ 3), afirmación que ya estuvo presente en la STC 15/1981, de 7 de mayo y que ha sido posteriormente reiterada en múltiples ocasiones⁵⁸⁷, como en la STC 83/1990, de 4 de mayo, en la que se habla, a propósito de la legalidad penal consagrada en el art. 25.1 CE, de "*principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley*" (F.J. 2). Como puede observarse, el Alto Tribunal no duda a la hora de utilizar la terminología de *reserva absoluta*, aunque también es cierto que se trata de un ámbito -la materia penal- en el que el carácter de la reserva no es objeto de controversia por la doctrina, por lo que a la jurisdicción constitucional no le ha costado ratificar o confirmar una calificación unánimemente aceptada⁵⁸⁸.

Lo mismo ha ocurrido respecto a la utilización de la noción de *reserva relativa*. Así, en la STC 19/1987, de 17 de febrero, respecto a la reserva de ley en materia fiscal (art. 31.3 CE), el Tribunal señala, en primer lugar, que la Constitución no genera "*una legalidad tributaria de carácter absoluto*"; por lo que puede afirmarse, en consecuencia, el carácter relativo de la reserva⁵⁸⁹, pues no excluye "*la posibilidad de que la Ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas*". Por el contrario, lo que se prohíbe es la posibilidad de que a través de estas remisiones "*se provoque, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador*" (FJ 4)⁵⁹⁰. Encontramos aquí la definición doctrinal de la reserva relativa: no se

⁵⁸⁷ Entre otras, *vid.* STC 140/1986, de 11 de noviembre; 160/1986, de 16 de diciembre; 42/1987, de 7 de abril y 118/1992, de 16 de septiembre.

⁵⁸⁸ El carácter absoluto de la reserva de ley en este ámbito es defendido, entre otros por, ARROYO ZAPATERO, L.; "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pág. 9-46; LAMARCA PÉREZ, C.; "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, pág. 99-135; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; "La reserva constitucional de ley en materia penal. (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalismo español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, pág. 105-143; PUNSET BLANCO, R.; "Las garantías material y formal del derecho fundamental a la legalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 4, 1992, pág. 101-117.

⁵⁸⁹ Debe señalarse que la propia sentencia se cuida mucho de señalar el origen doctrinal de esta noción.

⁵⁹⁰ El carácter relativo de la reserva se ha señalado también en materia de infracciones y sanciones administrativas; al respecto *vid.* la ya mencionada STC 83/1990, que junto a la afirmación de la reserva absoluta en materia penal establece que "*en el ámbito de las sanciones administrativas la*

prohíbe la intervención reglamentaria -y en consecuencia no impide, en principio, que la ley contenga remisiones a favor del ejecutivo- pero la limita estrictamente a que las normas infralegales tengan un carácter ejecutivo.

Otro ejemplo más localizado es la STC 60/1986, de 20 de mayo, que viene a generalizar para el conjunto de las reservas la dialéctica absoluta/relativa. Después de evocar la noción de materia reservada a la ley ordinaria que puede tener "*carácter absoluto o relativo*", el Tribunal afirma que la reserva relativa de ley "*permite compartir la regulación de una materia entre la Ley –o norma con fuerza y valor de Ley- y el reglamento*"⁵⁹¹.

La recepción de los conceptos de reserva absoluta y relativa por la jurisdicción constitucional española se inspira en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana. En este sentido, la sentencia característica de la adopción de esta distinción es la decisión núm. 26, de 23 de mayo de 1961. La motivación de la misma comienza con una afirmación "*per quel chi si riferisce alle riserve di legge, la Corte ritiene che si debba distinguere*". Dos son los supuestos que se evidencian: en primer lugar, "*nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma)*", supuesto en el cual la intervención reglamentaria será difícilmente concebible; en segundo lugar, "*per quanto riguarda quei campo rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base a la legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa*

reserva de ley sólo tiene una eficacia relativa o limitada, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en icho ámbito y a otras consideraciones de prudencia y oportunidad".

⁵⁹¹ Concretamente, considera que la previsión del art. 103.2 CE, en atención a "*la fórmula contenida en dicho precepto –"de acuerdo con la ley"- (...) no es otra que la de la llamada reserva relativa de ley que permite compartir la regulación de una materia entre la ley y el reglamento*" (FJ 2).

l'emanazione di atti anche normativi, perché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito". Ciertamente, en esta decisión la Corte constitucional italiana utiliza el núcleo duro de la reserva, en materia de libertad personal (art. 13 CI) y la reserva fiscal (art. 23 CI), para ilustrar las nociones de reserva absoluta y relativa⁵⁹²

A pesar de esta aceptación casi general la distinción entre reserva absoluta y relativa ha sido cuestionada y relativizada.

2.4. CRÍTICAS A LA DISTINCIÓN ENTRE RESERVA ABSOLUTA Y RELATIVA

La relativización de la distinción procede de dos causas: en primer lugar, del hecho que la reserva absoluta no es completamente impenetrable para el reglamento; en segundo lugar, porque los fundamentos de la distinción son difíciles y delicados de discernir. Veamos ambas razones de forma detenida.

2.4.1. La porosidad de la reserva absoluta o la validez del reglamento en el ámbito de la reserva absoluta

Según la distinción anteriormente señalada la reserva absoluta de ley, exigiría una regulación legislativa más completa que la reserva relativa, por lo que el legislador no debe limitarse a fijar algunos principios destinados a enmarcar el ejercicio del poder reglamentario, sino que debe regular la materia en su totalidad. Sin embargo, también en los supuestos de reserva absoluta subsiste un espacio normativo para el reglamento, que sólo será válido si es

⁵⁹² En Italia, también el propio legislador ha recogido estos conceptos, y así el art. 17 de la Ley núm. 400 de 23 de agosto de 1988 dispone: "*Con decreto del Presidente della Repubblica, ..., sono emanati i regolamenti oer la disciplina delle materie, non coperte da riserve assoluta di legge prevista dalla Costituzione*". Fórmula que es en cierta medida redundante pues la reserva de ley se instituye, por definición, por la Constitución.

estrictamente ejecutivo de la ley, es decir, si se limita a regular cuestiones de detalle, necesarias para la aplicación de la ley⁵⁹³. Por ello, también en los supuestos de reserva absoluta es posible la intervención del reglamento, aunque éste se limite a ser *meramente esecutivo e applicativo*⁵⁹⁴.

Esta solución se justifica en la medida en que la ley difícilmente puede prever sus propias modalidades de aplicación, junto al hecho de que la disposición reglamentaria, por su naturaleza, es la que mejores condiciones tiene para ocuparse de la ejecución de la ley, es decir, de entrar en el detalle, de determinar el conjunto de configuraciones prácticas que resultan de la aplicación de la ley y de adaptarse rápidamente a su evolución⁵⁹⁵. Además, el concepto de reserva absoluta no puede *anular* el efecto de las disposiciones constitucionales que confieren al ejecutivo la misión de ejecutar las leyes⁵⁹⁶.

De aquí puede concluirse que la admisión del reglamento estrictamente ejecutivo no invalida la definición de la reserva absoluta, pues este tipo de acto no hace más que aplicar la regulación de la materia realizada por el legislador; es decir, que predomina ampliamente el aspecto aplicativo sobre el aspecto innovador, por lo que el Gobierno debe limitarse a dictar las normas que tengan por único objeto la puesta en práctica de lo que ha sido decidido por vía

⁵⁹³ En este sentido BAÑO LEÓN, J.M.; *Los límites...*, *op. cit.*, pág. 139.

⁵⁹⁴ ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 55.

⁵⁹⁵ Según la STC 77/1985, de 27 de junio, la remisión al reglamento "*resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener una solución particular y derivada en las normas reglamentarias*" (FJ 14). Vid. en el mismo sentido DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 229.

⁵⁹⁶ Este límite de respeto a la propia existencia de la potestad reglamentaria puede verse en la argumentación de la STC 42/1987, de 7 de abril, -reiterada en otras ocasiones como en la STC 3/1988, de 13 de enero- donde se señala que el alcance de la reserva de ley es variable "*bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de competencias de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden darse en los distintos ámbitos de ordenación territoriales o materiales*". Sobre la existencia de una obligación de ejecutar las leyes vid. infra.

legislativa⁵⁹⁷. De no ser así, el reglamento perdería su legitimidad para intervenir en una materia objeto de una reserva absoluta.

Sin embargo, si se admite que estos actos reglamentarios dispongan de una cierta capacidad decisonal cuando se trate de elecciones o decisiones puramente técnicas⁵⁹⁸. Para ZAGREBELSKY la reserva absoluta no excluye la intervención de un acto no ejecutivo pero discrecional, porque no se trata de una discrecionalidad político-administrativa sino, exclusivamente, de una discrecionalidad técnico-administrativa⁵⁹⁹. De este modo, la naturaleza técnica del contenido del reglamento puede justificar su intervención a pesar del carácter absoluto de la reserva.

La idea que subyace a este razonamiento reside en la mejor posición del ejecutivo, con relación a los órganos legislativos, para realizar determinaciones técnicas⁶⁰⁰: dispone de mejores medios para recabar el conjunto de datos concernientes al problema técnico (especialmente, mediante el recurso a los expertos) y poder realizar así una síntesis de los mismos. Por contra, el procedimiento legislativo no acaba de ajustarse a los pormenores de la selección técnica. Además, las cuestiones técnicas evolucionan y la norma debe poder seguir esta evolución y adaptarse. Ello implica que el procedimiento de modificación de las disposiciones técnicas sea suficientemente flexible como para evitar su petrificación. Por ello es preferible

⁵⁹⁷ Ello se desprende de la STC 178/1989, de 16 de noviembre, cuando se afirma que "No hay vulneración alguna (...) del principio de reserva de ley, ya que no se dejan para la regulación reglamentaria sino aspectos concretos que no tienen porqué ser regulados por ley" (FJ 2). Para SANTAMARÍA PASTOR la actuación del reglamento en las materias reservadas será válida cuando se limite "a la regulación de los aspectos adjetivos y colaterales o conexos al núcleo de la materia", en *Fundamentos...*, op. cit., pág. 787. Vid. igualmente, GARCÍA MACHO, R.; *Reserva de ley...*, op. cit., pág. 175-176.

⁵⁹⁸ Ello puede verse en la STC 47/1990, de 20 de marzo donde se señala que "el reglamento puede completar la regulación legal (...) sobre todo cuando sea indispensable por motivos técnicos" (FJ 7).

⁵⁹⁹ ZAGREBELSKY, G.; *Manuale di Diritto Costituzionale, ..., op. cit.*, pág. 55.

⁶⁰⁰ Aunque ciertamente, a nadie se le escapa que en muchas ocasiones la decisión entre dos o más posible opciones técnicas de resolución de un conflicto incorpora, necesariamente, una carga y valoración política.

que sean promulgadas bajo la forma de normas situadas en los niveles inferiores de la jerarquía normativa⁶⁰¹.

Por otro lado, las decisiones técnicas se caracterizan, en relación con las decisiones políticas, por el hecho de que se imponen en virtud de criterios científicos. Es el estado de la ciencia en un momento dado el que induce a realizar esta elección, la cual aparece como un dato externo al autor de la norma, quedando exenta de toda consideración de oportunidad. Al remitir su regulación al Gobierno para definir algunos aspectos técnicos de la legislación, el legislador no le confiere un verdadero poder constructivo sino que sólo lo autoriza a realizar una valoración y apreciación de los datos sobre los cuales, en principio, el Ejecutivo no tiene ninguna preferencia⁶⁰². Además, si el legislador hubiera decidido regular él mismo los detalles técnicos, sus disposiciones legislativas, seguramente, hubiesen tenido un contenido idéntico al de las disposiciones reglamentarias.

De todo ello puede concluirse que la reserva absoluta tiende a acercarse a la reserva relativa pues también admite que el poder reglamentario complementa la regulación legal. Sin embargo, para GALLEGO ANABITARTE subsiste una importante diferencia puesto que el acto de Gobierno dispone, en el caso de la reserva absoluta, de un ámbito de maniobra más limitado que en el caso de la

⁶⁰¹ Sobre la colaboración internormativa entre la ley y el reglamento mediante la técnica de la remisión *vid. infra*.

⁶⁰² Como puede ser la remisión hecha por el legislador para que el Gobierno determine los límites máximos de aditivos químicos de las sustancias alimentarias cuyo uso está prohibido y es objeto de sanción penal; o la identificación de *las sustancias estupefacientes* cuya venta no autorizada se sanciona penalmente. En ambos casos, se trata de definir uno de los elementos constitutivos de un ilícito penal, materia que sin embargo es objeto de una reserva absoluta de ley, pero su determinación responde a nociones de toxicología, farmacología o estadística sanitaria, y, por lo general, difícilmente puede ser concebida como una elección de política criminal. *Vid.* en este sentido las sentencias de la *Corte Costituzionale* núm. 36 de 19 de mayo de 1964; núm. 96, de 26 de noviembre de 1964 y la más reciente núm. 333, de 11 de julio de 1991, que precisa las anteriores. No podemos dejar de señalar, en este momento, que para el profesor DE CABO, estos planteamientos justificativos de la intervención de la Administración vienen a esconder, generalmente, planteamientos de naturaleza no técnica sino política. *Vid.* de este autor, "División y predominio de poderes", en AAVV, *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, pág. 71 y sg; DE CABO MARTÍN, C.; "Garantismo y ley material", en ASENSI SABATER, J. (Coord.); *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pág. 43-64.

reserva relativa⁶⁰³. De cualquier modo, la diferencia entre ambas categorías es más reducida de lo que pudiera pensarse a primera vista y este es también uno de los puntos que permiten realizar una crítica a esta distinción.

2.4.2. El difícil fundamento de la distinción

De las anteriores consideraciones puede percibirse que la dialéctica entre reserva absoluta y reserva relativa es más una cuestión de matiz que un verdadero antagonismo, lo cual también tiene consecuencias sobre los criterios de identificación de ambas categorías.

En efecto, la Constitución no se pronuncia explícitamente sobre la vinculación de las diferentes reservas a alguna de las dos nociones, por lo que si tal distinción fuera posible debería deducirse un criterio válido a partir de las propias disposiciones constitucionales.

La primera posibilidad reside en el recurso a las fórmulas textuales mediante las cuales la Constitución instituye las reservas de ley; fórmulas que pretenden indicar la voluntad del constituyente respecto a la amplitud o extensión de la ley en la materia considerada. Así, la expresión *sólo por ley* del art. 53.1 CE puede hacer pensar en una reserva absoluta⁶⁰⁴, mientras que la fórmula "*con arreglo a la ley*" del art. 31.3 CE parece indicar la existencia de una reserva relativa⁶⁰⁵. Esta idea, según la cual la terminología no es neutra, en tanto que prejuzga el lugar conferido al poder reglamentario en el seno de la materia

⁶⁰³ Para este autor, "la existencia de una reserva absoluta de ley no supone la exclusión del reglamento, sino sólo una mayor vinculación a la ley; en este sentido, la reserva relativa permite una intervención o colaboración del reglamento más amplia"; en *Ley y reglamento en el Derecho Público occidental...*, *op. cit.* pág. 64, nota 7.

⁶⁰⁴ En este sentido, GALLEGO ANABITARTE, A.; *Ley y reglamento en el Derecho*, *op. cit.* pág. 64.

⁶⁰⁵ *Vide* en este sentido PÉREZ ROYO, F.; "Relaciones entre normas primarias y normas secundarias en derecho tributario", en AAVV.; *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. III, IEF, Madrid, 1979, pág. 1655.

reservada, se encuentra también en otros países. En Bélgica, el legislador debe regular la integridad de la materia cuando la Constitución especifica que la misma no puede ser regulada más que "*par la loi*". Por el contrario, la fórmula "*en vertu de la loi*" permite al legislador limitarse a enunciar los principios de base dejando al poder reglamentario el encargo de ponerlas en práctica⁶⁰⁶.

Sin embargo, la doctrina ha cuestionado la pertinencia del criterio literal, por ser demasiado aproximativo e insuficiente como para permitir resolver una cuestión tan importante como la de la naturaleza de la reserva⁶⁰⁷. Para SANTAMARÍA PASTOR "la variedad de fórmulas que la Constitución emplea para establecer las diversas reservas de ley, y su proximidad a la terminología italiana, son factores que podrían invitar a reproducir en España una clasificación (...) semejante a la que acaba de describirse –reserva absoluta y reserva relativa- de hecho la doctrina ya lo ha intentado en más de una ocasión, y la jurisprudencia constitucional parece moverse por el mismo camino. Pensamos, sin embargo, que toda clasificación en este punto es perturbadora, que los requisitos para fijar el quantum admisible de remisión al reglamento son los mismos para todos los caso; y que, sin despreciarlos por completo, no debe darse un valor absoluto a los términos que la Constitución emplea en cada caso"⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Al respecto *vid.* DELPERÉE, F.; "La elaboración de las leyes y de los actos equivalentes a las leyes en Bélgica", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 16, 1986, pág. 59-82. ZAGREBELSKY utiliza también las expresiones *in base alla legge* y *secondo disposizione di legge* de los art. 23 y 97 CI, para enunciar reservas relativas; y la expresión *per legge* del art. 95 CI, para indicar una reserva absoluta, en *Manuale di Diritto Costituzionale...*, *op. cit.*, pág. 56.

⁶⁰⁷ Para BAÑO LEÓN "todos los intentos doctrinales realizados para fijar, con base en la letra de los preceptos constitucionales, el contenido sustancial de lo que el legislador debe regular por sí mismo dentro de las materias reservadas a la ley no conducen a un resultado seguro", en *Los límites...*, *op. cit.*, pág. 38.

⁶⁰⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 785 y ss. Una postura similar puede verse en DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 241 y ss. También duda de la adecuación a la Constitución de la distinción GERPE LANDÍN, M.; "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1991, pág. 80. El carácter discutible de la misma es señalado por LÓPEZ AGUILAR, J.F.; "La reserva constitucional de ley en materia penal. (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalismo español)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, pág. 116-117.

Rechazado el argumento literal como criterio que permita realizar una distinción entre los dos tipos de reservas, debemos señalar ahora la existencia de otros criterios expuestos, principalmente, por la doctrina italiana. Así, el profesor FOIS considera que debe distinguirse en atención al tipo de interés general que la Constitución impone al legislador como finalidad que debe conseguir. Puede tratarse de un interés general específico y particular (como la seguridad, la salud, el respeto a la moral) o de un interés general que no viene definido directamente por la Constitución y que, como suma de un conjunto de intereses públicos relativos y variables, corresponde al legislador apreciar en cada caso, lo cual supone, indudablemente, una decisión de naturaleza política⁶⁰⁹.

En este marco, el poder discrecional del legislador sería más amplio en el segundo supuesto, pues como la Constitución no le ha asignado un concreto interés general, este órgano dispone también de la capacidad de decidir sobre las modalidades -directas o indirectas- de su intervención. Al conferir al legislador la facultad de decidir el interés general que sustenta su acción, la Constitución ha querido conferir al legislador, especialmente, el poder de atribuir a la Administración la tarea de *porre in essere i provvedimenti necessari ad adeguati* para la efectiva consecución de los intereses en cuestión⁶¹⁰.

De la argumentación de FOIS se deduce que la reserva reviste un carácter relativo cuando la Constitución encarga al legislador la tarea de definir el interés general, mientras que si le ha sido impuesto, se tratará de una reserva absoluta⁶¹¹. Sin embargo, esta tesis se fundamenta en una lógica que llevada a

⁶⁰⁹ FOIS, S.; *La «riserva di legge»...*, *op. cit.*, pág. 322 y ss.

⁶¹⁰ FOIS, S.; *La «riserva di legge»...*, *op. cit.*, pág. 323.

⁶¹¹ La argumentación de FOIS se infiere directamente de los arts. 21, 41, 42 y 43 de la Constitución italiana de 1947, pero no necesariamente ha de ser transportable a las otras reservas de ley. En este sentido, AMATO, G.; "Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'articolo 25", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pág. 268, nota 18.

su extremo puede llegar a cuestionar el valor substancial de la reserva de ley: si el legislador posee un poder discrecional para decidir si él mismo define las normas sobre la materia a regular, es que puede disponer de la propia reserva. Y, como ya se ha señalado, una de las características de la reserva de ley en el marco de una Constitución normativa es su indisponibilidad por el legislador⁶¹².

Partiendo de las dificultades conceptuales, AMATO ha propuesto una nueva concepción de la variabilidad de la reserva⁶¹³. Para este autor, la unidad de la institución resulta del imperativo de que la ley ha de contener las opciones o decisiones fundamentales de la materia reservada. Y es con relación a esta noción que deben apreciarse las posibilidades de intervención del poder reglamentario: "*mentre singoli aspetti della relativa disciplina possono essere scissi con ciò scindere li scelte caratterizzante, per altri aspetti tale scissione non è neppur tecnicamenti fattibile senza attribuire a fonti non legislative alcune delle scelte caratterizzanti*"⁶¹⁴. Encontramos aquí la calificación de la ley como norma primaria que debe establecer los elementos esenciales de una materia a fin de condicionar las normas reglamentarias al rango de normas secundarias⁶¹⁵.

⁶¹² Vid. las argumentaciones de SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, op. cit., pág. 785 y sg. y de DE OTTO, I.; *Derecho Constitucional...*, op. cit. pág. 241.

⁶¹³ AMATO, G.; "Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'articolo 25", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pág. 269 y sg.

⁶¹⁴ AMATO da el siguiente ejemplo en el caso de la reserva fiscal. Una ley indica de forma genérica el colectivo de personas que están sometidas a pagar un impuesto y el reglamento concreta ese colectivo, es decir, las personas sujetas al gravamen, pero no se refiere a los elementos que caracterizan el impuesto. Por el contrario, si la ley se limita a enumerar las categorías que potencialmente estarían sometidas al impuesto, y deja al reglamento la tarea de determinar sobre qué categorías se aplicará finalmente el impuesto, la ley renuncia a dictar un componente fundamental del impuesto (la base imponible) vulnerando, de este modo, la reserva fiscal. Sin embargo, seguramente, en este caso, estaríamos en presencia de una supuesta vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley. AMATO, G.; "Riserva di legge...", op. cit. pág. 269. Por otro lado, considera AMATO que en algunos casos, la amplitud de la reserva sería más reducida como consecuencia de la concurrencia de otros principios constitucionales tales como la autonomía local o el principio de proporcionalidad de las penas

⁶¹⁵ Al respecto vid. AMATO, G.; *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, CEDAM, Padova, 1962, *passim*.

Sin embargo, AMATO desplaza el problema principal, esto es, la identificación de una reserva absoluta o relativa a partir de la noción de *elección de los elementos caracterizadores de la materia reservada*, que conformarían el carácter absoluto de la reserva y que no toleraría ningún tipo de remisión, cosa que sí que ocurriría con los otros elementos. Pero también aquí nos encontramos con una cierta incerteza a la hora de definir los criterios de la *elección fundamental*⁶¹⁶. A pesar de ello, esta tesis tiene el mérito de señalar que ninguna materia está verdaderamente prohibida al reglamento⁶¹⁷.

Ello pone de relieve que ninguna tentativa de reelaborar el concepto ha sido verdaderamente convincente⁶¹⁸, entre otras razones porque la distinción entre reserva absoluta y reserva relativa es sin duda demasiado binaria, no puede dar resupuesta a los múltiples matices existentes respecto a la configuración de las diferentes reservas. La denominada reserva relativa de ley ha sido el instrumento para consentir que, en el marco de las concretas directrices fijadas por el Parlamento, pueda ejercerse, mediante la emanación de actos normativos y no normativos, la necesaria discrecionalidad de otros órganos. Discrecionalidad que, para CARLASSARE, en un Estado de Derecho no puede ser absoluta y transformarse en arbitrariedad, por lo que es necesaria una previa disciplina legal que garantice un trato igual para todos y asegurar la efectividad del control jurisdiccional de los actos emanados⁶¹⁹. Sin embargo, estas exigencias son las que requiere también el principio de legalidad, al cual, en un Estado de derecho no puede no reconocerse un valor general.

⁶¹⁶ Sobre esta crítica puede consultarse CERRI, A.; "Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968, pág. 2234.

⁶¹⁷ La reserva de ley atribuye solamente al legislador la regulación esencial de la materia, sin prohibir la colaboración reglamentaria, que en tanto que esté estrechamente sometida a la ley sólo podrá ser ejecutiva y no innovadora; en BALDUZZI, R. y SORRENTINO, F.; "Riserva di legge", *op. cit.* pág. 1213.

⁶¹⁸ Sobre los diferentes ensayos *vid.* CERRONI, F.; *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 192.

⁶¹⁹ En este sentido se pronuncia CARLASSARE, L.; *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padua, 1966, pág. 153 y sg.

Por ello, creemos que la reserva de ley limitada a los casos más delicados o con significativos objetivos, debería entenderse siempre como reserva absoluta⁶²⁰, lo cual conlleva la necesidad de definir de forma restrictiva el ámbito de las materias reservadas, pues de otro modo, el querer extender al máximo una demasiado rígida e impracticable garantía, acabaría por no garantizar nada⁶²¹. El significado, de otro modo incomprensible, de las continuas referencias a la ley por parte de las disposiciones constitucionales creemos que así lo confirma. El natural interlocutor del constituyente, el primer y principal destinatario de los principios, de los programas, de las invitaciones que establece la Constitución es, como no puede ser de otro modo, el legislador parlamentario, por ser el órgano que expresa la soberanía popular y que actúa a través de un procedimiento que permite la participación de todas las fuerzas políticas que expresan todos los intereses de la sociedad. Es la ley, en tanto que expresión de la voluntad legislativa del Parlamento, la que debe concretar las opciones que el constituyente dejó abiertas, la que debe seleccionar los intereses e individualizar los objetivos, y otros actos, normativos y no normativos, ampliamente discrecionales pero nunca completamente libres, deben seguirla⁶²². Sin embargo, no podemos olvidar tampoco que la propia Constitución configura al Gobierno como poder legislativo en dos supuestos: la denominada legislación de urgencia y la legislación delegada. Pues bien, también en estos casos, respetando las prescripciones constitucionales puede el Gobierno, mediante sus productos normativos con valor de ley, concretar las opciones que el constituyente dejó abiertas.

⁶²⁰ Porque de otro modo, como señala DE OTTO "calificar como relativa una reserva es tanto como decir que, si bien las normas tendrán que ostentar rango de ley, el legislador puede permitir que ostenten otro distinto", en *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 232. Pero si se parte de la idea de la indisponibilidad de la reserva por parte del legislador éste no puede disponer libremente el quantum de regulación que concede al poder reglamentario; *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 785.

⁶²¹ Sobre la unidad necesaria del principio de reserva y el carácter absoluto de la misma en todos los supuestos *vid.* VILLACORTA MANCEBO, L., *Reserva de ley...*, *op. cit.*, pág. 45; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; "La reserva constitucional de ley en materia penal...", *op. cit.* pág. 116-117 y GERPE LANDÍN, M.; "Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal", *op. cit.* pág. 80.

⁶²² Esta idea puede verse reflejada en CARLASSARE, L.; "Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare", en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1990, pág. 8-9.