

OBSERVACIONES EN TORNO A LOS LIMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO ()*

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

1. REFERENCIA AL MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución, según nos dice su Preámbulo, pretende —entre otros objetivos— construir un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo. Asume así los postulados que informan la cultura jurídico-política que se despliega a partir de las revoluciones burguesas. Posteriormente, en el articulado, concreta estos propósitos con fórmulas normativas que definen a España como un Estado social y democrático de Derecho, basado en la soberanía popular y en un régimen representativo articulado por el pluralismo político-social.

En este contexto, las determinaciones básicas para la vida nacional son adoptadas, dentro del respeto a la Constitución, por el legislador. De esta forma, la ley es la principal fuente de Derecho porque expresa la voluntad popular y las Cortes, que la representan, adquieren una posición central en el ordenamiento constitucional.

Son todas estas unas nociones elementales que no precisan de ulteriores explicaciones en este lugar. Nos basta con apuntarlas y con hacer

(*) Texto de la comunicación presentada en las Jornadas de Estudios Constitucionales sobre "El Gobierno", organizadas por la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Barcelona, durante los días 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1984.

una observación más: en nuestro ordenamiento, los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a la ley, por este orden. Y del mismo modo que la ley encuentra su fundamento jurídico y su validez en la Constitución, las restantes fuentes normativas y los actos aplicativos del Derecho que realizan los operadores jurídicos, además de constitucionales, han de ser legales. Es decir, han de ajustarse a la ley (1).

Por otra parte, la Constitución introduce un evidente contenido material que ha de informar necesariamente a la totalidad del ordenamiento jurídico. Las afirmaciones del Preámbulo, el reconocimiento de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como valores superiores, las referencias del artículo 10.1 a los fundamentos del orden político y de la paz social, configuran una dimensión axiológica que identifica la concepción constitucional del Derecho (2). Esto quiere decir, que lejos de todo planteamiento positivista y formalista, las normas jurídicas tienen que ser coherentes con esa carga valorativa que singulariza el texto fundamental. En realidad, lo que sucede es que el constituyente ha recuperado y profundizado el contenido material que cualificó desde sus primeras manifestaciones al Derecho constitucional. Así, se explica la distinción entre Derecho constitucional y Derecho de dominación política (3) o la diferencia que existe entre el constitucionalismo normativo y el semántico (4).

A la vista de estas ideas, es posible afirmar que la primacía de la ley bajo el imperio de la Constitución se encuadra en el respeto del legislador tanto a las formas como a los contenidos materiales de la norma suprema. Y para que este sometimiento sea efectivo, el constituyente ha desarrollado el esquema organizativo del Estado de Derecho dotándole de un importante sistema de garantías que culminan en la justicia constitucional.

(1) Ciertamente, estas afirmaciones han de ser entendidas de acuerdo con la generalidad con que se expresan. Para darles un valor específico sería necesario tener en cuenta otros aspectos que caracterizan el sistema de las fuentes normativas. Es decir, habría que considerar la posición que en él ocupan los tratados internacionales y las consecuencias que derivan de la descentralización política y normativa e institucional realizada por la Constitución.

(2) Cfr. en torno a estas cuestiones, Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

(3) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 43 y sigs.

(4) Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1965, págs. 216 y sigs.

Ahora bien, profundizando en el principio de supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE) y en el imperio de la ley, que, además de en el Preámbulo, se enuncia con carácter general en el artículo 9.3 CE, conviene precisar que proyectan su eficacia de distinta manera según se contemplen en relación con los ciudadanos o con los poderes públicos. Así, respecto de los primeros se presentan como una garantía que les permite desplegar su autonomía en todas aquellas esferas que, no se les prohíben. En cambio, respecto a los poderes públicos, la Constitución y la ley operan como presupuestos que habilitan su actuación.

Este planteamiento se impone desde el momento en que el orden jurídico-político se cimienta sobre la soberanía popular y sobre el respeto a la dignidad humana. El Estado, los poderes públicos adquieren entonces un carácter instrumental y, por tanto, limitado. La justificación política de este planteamiento es evidente. La construcción jurídica que expresa esa diferente vinculación del Derecho la ha formulado Kelsen: "un individuo que no funcione como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar. Desde el punto de vista de la técnica jurídica es superfluo prohibir cualquier cosa a un órgano del Estado, pues basta con no autorizarlo a hacerla" (5).

En esta línea parece moverse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 9.1. CE cuando afirma que de este precepto "deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo se aplica a todos y que esta sujeción actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto de quienes son titulares de poderes públicos" (6). Ciertamente, no llega a las últimas consecuencias que hemos señalado antes, pero tal vez la causa sea que no lo requería así la cuestión que en ese momento examinaba: el recurso de amparo interpuesto por parlamentarios gallegos privados de sus derechos en cuanto tales por no prestar el juramento de acatamiento de la Constitución y del Estatuto.

Si, además de cuanto llevamos dicho, tenemos presente la impor-

(5) Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Nacional, México 1950, pág. 227. Por eso, no es casual que el artículo 18 de la Constitución austríaca de 1920 disponga que la Administración del Estado en todas sus manifestaciones sólo puede actuar sobre la base de la ley.

(6) STC 122/1983, de 16 de diciembre, fundamento 4º A) que reitera la doctrina recogida en la STC 101/1983, de 18 de noviembre, Fundamento 3.

tante tabla de derechos y libertades constitucionales y su fuerza vinculante para los poderes públicos (art. 53.1 CE), no hay duda de que la valoración que nos debe merecer el Estado que ha refundado la Constitución de 1978 tiene que ser francamente positiva. Establece un Estado de Derecho no sólo formal sino también material. Además organiza un notable conjunto de instrumentos para mayor garantía y seguridad de los ciudadanos.

2. LOS REGLAMENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Es un hecho ampliamente contrastado que la Constitución como principio organizador de la convivencia política se ve acompañada y, en ocasiones, relativizada por la Administración y el Derecho administrativo (7). En efecto, se subraya su potencialidad conformadora de la sociedad, su intensa capacidad organizadora de las estructuras sociales y la amenaza que la intervención administrativa representa para la propia libertad. No se trata sino de las consecuencias derivadas de las transformaciones del Estado contemporáneo (8) que conducen a un crecimiento desorbitado de la organización administrativa y plantean problemas de adaptación al Estado de Derecho en su configuración original (9).

En realidad, se asiste a la consagración del protagonismo del Poder ejecutivo, del Gobierno y de la Administración en el marco del Estado social de Derecho. La Constitución expresa esta realidad robusteciendo notablemente la posición del Gobierno en cuanto director de la política nacional y de los aparatos de la Administración central. De esta manera, es posible afirmar que si las Cortes son el eje central del sistema constitucional, el Gobierno es el motor que impulsa su funcionamiento.

Entre los distintos instrumentos con que cuenta para cumplir con este cometido se halla la potestad reglamentaria que le atribuye el art. 97 CE. Se trata de una de las manifestaciones del poder normativo del Gobierno que, sin duda, es mucho más amplio. Así, recordemos que le corresponde aprobar los decretos-leyes y los decretos legislativos. Además, no puede olvidarse su privilegiada posición en materia de iniciativa legislativa y, en general, en todo el procedimiento de elaboración de las

(7) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, reimpresión de la 3ª edición, págs. 466 y sigs.

(8) Cfr. Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, págs. 38 y sigs.

(9) Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 39 y sigs.

leyes. Tampoco hay que desconocer que le corresponde concertar, de acuerdo con la Constitución, los tratados y convenios internacionales.

De todo este conjunto de temas, nos vamos a centrar en los reglamentos gubernamentales para examinar algunos aspectos de su régimen jurídico que nos han parecido significativos (9 bis).

En este sentido tal vez la primera precisión que convenga realizar sea la de distinguirlos de otros actos jurídicos de los órganos constitucionales que reciben esta denominación. En efecto, la Constitución alude a los reglamentos parlamentarios (art. 72.1 CE) y las leyes orgánicas reconocen poderes reglamentarios al Tribunal Constitucional (art. 2 LOTC) y al Consejo General del Poder Judicial (art. 5 LOGGPJ) (10).

Resulta así que los distintos órganos constitucionales gozan de poder reglamentario. Ahora bien, si con el concepto de reglamento se quiere hacer referencia a todos estos actos jurídicos, es necesario observar que esa categoría no sería en modo alguno unitaria. Si acaso la única nota común sería la propia denominación y el hecho de que en todos ellos pueden encontrarse aspectos organizativos, aunque este no sea un contenido necesario del reglamento gubernamental y sí de los demás. Fuera de estos extremos, las principales diferencias estriban, por una parte, en la propia posición del reglamento en el ordenamiento jurídico; así solamente los de las Cortes están inmediatamente subordinados a la Constitución y sometidos al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional por los trámites del control de constitucionalidad (11). Los demás, en cambio,

(9 bis) Para un examen completo. Cfr. Martín Bassols Coma: "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I. Inst. Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 315 y sigs.

(10) En el caso de otros órganos de relevancia constitucional, sus reglamentos son dictados, a propuesta de cada uno, por las Mesas de las Cámaras (Defensor del Pueblo, art. 20 LODP y Acuerdo de las Mesas de 6 de abril de 1983); por el Gobierno [Consejo de Estado, LOCE, disp. final 3ª y Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio; Ministerio Fiscal, Ley 50 1981, de 30 de diciembre, disp. final 1ª]. En relación con el Tribunal de Cuentas, la L.O. 2 1982, de 12 de mayo no contiene ninguna atribución expresa de poderes reglamentarios, mientras que reserva a la ley la regulación de su funcionamiento y del estatuto de su personal y al Gobierno la elaboración del correspondiente proyecto. No obstante, el art. 3 LOTCE atribuye al propio Tribunal la "competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno, y régimen interior del mismo y al personal a su servicio". Afirmar la naturaleza común de la potestad reglamentaria de los órganos constitucionales, José María Boquera Oliver, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", *REDA*, n.º 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs. 24.

(11) Estas razones puede permitir considerarlos con cierta autonomía como actos normativos de las Cámaras con valor de ley. Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Los órganos constitucionales", en Andrés de Blas Guerrero (comp.), *Introducción al sistema político español*, Teide, Barcelona, 1983, págs. 141 y sigs. Señala la distinta naturaleza

están subordinados a la Constitución y a la ley. Por otra parte, atendiendo a la extensión objetiva de la potestad reglamentaria, vemos que la de las Cámaras, la del Tribunal Constitucional y la del Consejo General del Poder Judicial es sustancialmente organizativa. Sin embargo, la potestad reglamentaria del Gobierno, aunque también pueda ser organizativa, es fundamentalmente de desarrollo e integración de las leyes. La diferencia es, pues, notable y, por eso, parece difícil mantener la naturaleza unitaria de todas estas figuras.

En realidad, creemos que estas manifestaciones reglamentarias de contenido organizativo pueden explicarse mejor si se relacionan con la posición de órganos constitucionales que poseen las Cámaras, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial. Es decir, su condición de “órganos a los que se les confía la actividad directa del Estado y que gozan, dentro de los límites del Derecho objetivo, que los coordina entre sí pero no les subordina el uno al otro, de una completa independencia recíproca” (12). Organos que son inmediatos, que “traen su investidura directamente del acto constitutivo y que son coesenciales al tipo de ordenamiento que éste hace surgir; de ahí deriva su posición de supremacía respecto a los otros y de recíproca independencia entre ellos, de manera que pueda darse también su recíproco control” (13).

Por otra parte, se suele reconocer a todo ente institucionalizado lo que se ha denominado “poder de organización”, entendiendo por tal la facultad de emanar normas exclusivamente dirigidas a su organización interna sin que, en modo alguno, puedan afectar a la posición jurídica de los ciudadanos. Vendría a ser una especie de poder inherente a la naturaleza institucional de un ente o un órgano individualizado.

3. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO

A) Ley y reglamento

En consecuencia, vamos a ceñirnos exclusivamente a lo que el art. 97 CE denomina “potestad reglamentaria” del Gobierno y, por lo tan-

de estas diferentes figuras reglamentarias, Enrique Alvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 266.

(12) Santi Romano, “Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato”, en *Scritti minori*, vol. I. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 12.

(13) Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. I. Cedam, Padua, 1975, págs. 207 y sigs.

to, a los reglamentos gubernamentales. Según hemos señalado, la potestad reglamentaria está sometida en su ejercicio a la Constitución y las leyes. Así lo dice expresamente el mismo art. 97 CE: Los reglamentos están vinculados a dos tipos de normas, las constitucionales y las legales. Sin embargo, su conexión inmediata es con las leyes, las cuales, a su vez, están inmediatamente subordinadas a la Constitución.

Como es evidente, resulta entonces que la noción y la posición del reglamento gubernamental depende de la relación que mantiene con la ley. Se hace necesario, por lo tanto, realizar algunas precisiones sobre esta fuente.

En el ordenamiento constitucional español, la ley —entendida en sentido amplio, pues existen varias clases de leyes— se concibe como una norma primaria, que innova el Derecho objetivo, capaz de regular cualquier materia dentro del respeto a la Constitución. Está jerárquicamente supraordinada al reglamento que en modo alguno podrá contradecirla (14). Así, la fuerza típica de la ley le permite, por un lado, innovar la legislación precedente y, por el otro resistir, prevalecer frente a toda modificación que no provenga de otra ley.

No existe ningún campo vedado al legislador, ni, por consiguiente, reserva alguna a favor del reglamento. La condición expansiva de la ley (15) obliga al replanteamiento del significado de las reservas legales. Como señala Mortati, (16), en este contexto, el principio de legalidad absorbe al de reserva. Por eso, es necesario buscar un sentido nuevo a esta institución. Así se pasa a hablar de la reserva de ley como una técnica para “significar acepciones adicionales o segundas” (17).

(14) Angel Garrorena Morales, *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1981; Javier Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 81 y sigs. También, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Civitas, Madrid, 1980, págs. 121 y sigs.

(15) Garrorena, *op. cit.*, pág. 72.

(16) Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II. Cedam, Padua, 1976, pág. 794. También, Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. II. Cedam, Padua, 1978, págs. 56-57.

(17) Garrorena, *op. cit.*, pág. 59. Esas acepciones adicionales apuntan, a su juicio, a determinar algunos aspectos del programa legislativo, a reducir la discrecionalidad del legislador, a precisar la forma en que han de regularse algunas materias, excluyendo su tratamiento por algunas fuentes específicas, a impedir la deslegalización. Véase, también, en relación con esta noción de reserva, Mortati, *Istituzioni*, vol. I. *cit.*, pág. 343-344.

En torno a la formulación inicial del concepto de reserva y su conexión con el dualismo ley-formal/ley-material, cfr. Garrorena, *op. cit.*, págs. 13 y sigs. También, Dietrich Jesch, *Ley y Administración*, IEA, Madrid, 1978, págs. 13 y sigs. Christian Starck, *El con-*

El carácter primario de la ley apunta a su capacidad innovadora del ordenamiento jurídico: introduce, modifica, elimina normas y al hacerlo define, modula, limita la posición jurídica de los ciudadanos y de los poderes públicos.

Sin embargo, no puede afirmarse técnicamente un concepto material de la ley. En efecto, si está superada su identificación con el tratamiento exclusivo de lo relativo a la libertad y la propiedad y, por ello, no podemos definirla desde esta perspectiva, tampoco es posible diferenciarla en base a la generalidad y abstracción de sus mandatos. En primer lugar, porque otras normas, por ejemplo, las reglamentarias también tienen este carácter. En segundo lugar, porque hay leyes de contenido particular y concreto. Incluso la definición política de la ley, es decir, su conceptualización como acto básico de orientación política es realmente difícil de aplicar a supuestos como el de la ley 17/1984, de 1 de junio por la que se modifican las plantillas de los músicos y bandas del Ejército del Aire sin incremento de gasto público.

Por tanto, solamente es viable un concepto formal de ley: acto normativo de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, elaborado conforme al procedimiento legislativo, aprobado como ley y publicado, tras la sanción y promulgación en el diario oficial correspondiente

Cuanto hemos indicado se desprende del tratamiento que la Constitución dedica a esta fuente normativa, así como de la interpretación conforme a la Constitución de otros textos legales, especialmente el Título preliminar del Código Civil. Queremos decir que no existe una normativa constitucional dedicada directamente a definir de manera sistemática el concepto, la naturaleza y la eficacia de las leyes.

B) *Configuración constitucional del reglamento*

Otro tanto puede decirse de los reglamentos gubernamentales. En este caso, además, con la particularidad de que ni siquiera los menciona el artículo 1 del Código Civil. La Constitución, por su parte, se limita a enunciar la potestad reglamentaria del Gobierno sin definirla. Ahora bien, se desprenden en todo caso de ella los siguientes extremos: a) el reglamento es un acto normativo del Gobierno (art. 97 C.E.); b) adopta

cepto de ley en la Constitución alemana. CEC, Madrid, 1979, págs. 117 y sigs. Alfredo Gallego Anabitarte, *Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*, IEA, Madrid, 1971, págs. 139 y sigs.

la forma de Decreto expedido por el Rey (art. 62. f) C.E.); c) está sometido a la Constitución y a la ley (art. 97 C.E.); d) el ejercicio de la potestad reglamentaria es controlado por el poder judicial (art. 106.1. C.E.).

Además, es preciso tener en cuenta, las exigencias de jerarquía normativa, irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene el artículo 9.3 C.E. Asimismo el artículo 105 a) C.E. encarga a la ley regular la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y no es posible olvidar que la Administración Pública, y, por tanto, el Gobierno que la dirige, deben servir con objetividad los intereses generales y para ello han de someterse plenamente a la ley y al Derecho (artículo 103.1 C.E.).

Por último, resulta evidente, como ya hemos dicho que no existe una materia que esté reservada al reglamento. Los reglamentos gubernamentales no pueden subordinarse directamente a la Constitución, es precisa la *interpositio legislatoris* (art. 97 C.E.). Por eso, adquieren un cierto carácter residual, pues, en principio, solamente pueden operar donde lo consienta la ley, sin contradecirla nunca y, desde luego, sin poder abordar aquellas materias protegidas por las reservas legales.

De todo este conjunto de principios que enmarcan la posición del reglamento en el seno del ordenamiento jurídico nos interesa subrayar dos cuestiones. La primera es la tendencia que se advierte en la Constitución de asegurar el imperio de la ley y, de la jerarquía normativa. En este sentido, existe una clara preocupación por garantizar la regularidad jurídica, en último extremo, la coherencia del ordenamiento y su armonía interna. Las distintas expresiones que se refieren a la sujeción, a la Constitución, a la conformidad con la ley, con el ordenamiento jurídico, al sometimiento pleno, al Derecho, así lo indican. Esto, obviamente, conduce a la comprensión del espacio que pueda quedar para las fuentes subordinadas a la Constitución y a la ley. Desde esta perspectiva, encontramos una clara continuidad con la argumentación que recalca la preocupación de nuestro Estado de Derecho por la efectividad de sus garantías.

En segundo lugar, la insistencia de la Constitución en subordinar las fuentes infralegales y, en concreto, la reglamentaria no sólo a la Constitución y a la ley, sino también al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.) y al Derecho (art. 103.1 C.E.), parecen indicar que no nos encontramos ante una simple reiteración de ideas, sino que hay algo más que la sumisión a la Constitución y a la ley.

En este punto, es necesario aludir a la interpretación que se ha dado a la expresión "sometimiento pleno a la ley y al Derecho" del artículo 103.1 C.E. En realidad, esta fórmula es la versión española del artículo 20.3 de la Ley fundamental de Bonn según el cual "El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho". Ciertamente, la versión alemana es más perfecta técnicamente y más completa, pues extiende la sumisión a la ley y al Derecho también al Poder judicial, sometido "únicamente al imperio de la ley" por la Constitución española (art. 117.1 C.E) (18). Además, el artículo 20.3 LFB se refiere no a la Administración sino al Poder ejecutivo, lo que nos parece más acertado puesto que así comprende inequívocamente al conjunto Gobierno-Administración y no se enfatiza la sustantividad de esta última. Hacemos esta observación no con el propósito de negar la existencia institucional de la Administración, sino para llamar la atención sobre su subordinación al Gobierno (artículo 97 C.E.) y sobre la necesidad de diferenciarlos pues los distingue la Constitución.

En todo caso, aun admitiendo la mayor fortuna de la LFB, lo cierto es que nuestro ordenamiento, gracias a la reiteración de normas que proclaman el carácter limitado de los poderes públicos y la subordinación de todas las fuentes a la Constitución y a la ley, consigue los mismos efectos.

La interpretación que la doctrina alemana ha realizado del artículo 20.3 LFB insiste en que esa vinculación a la ley y al Derecho supone la superación del positivismo legalista, de manera que el poder ejecutivo y el judicial quedan sometidos no sólo al Derecho escrito, sino también al no escrito, a los principios generales y a los valores constitucionales. Incluso hay quien considera que se trata de una sumisión no sólo al Derecho positivo, sino también al Derecho natural. Se incorpora, por tanto, una dimensión material, axiológica como parámetro para delimitar la actuación regular de estos poderes públicos (19).

En nuestro Derecho constitucional, ese efecto está asegurado desde el propio artículo 1.1. C.E., en la medida que contiene una norma de

(18) En este sentido, Eduardo García de Enterría, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 10, CEC, Madrid, enero-abril de 1984, pág. 14. Garrorena, *op. cit.*, pág. 80, piensa que la fórmula española es menos extensa que la alemana —no extiende al Poder judicial el sometimiento al Derecho— pero más intensa: exige un sometimiento "pleno" al Derecho a la Administración.

(19) Cfr. Starck, *op. cit.*, págs. 61 y sigs.

apertura (20) que fundamenta el ordenamiento jurídico sobre un sistema de valores y desde el artículo 9.1 que dispone la sujeción general a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por eso, el artículo 103.1 C.E. no es sino una especificación referida a la Administración de ese presupuesto fundamental de la Constitución. Evidentemente, la incorporación de esta carga axiológica incrementa notablemente las facultades fiscalizadoras del Poder judicial y del Tribunal Constitucional a la hora de velar por el recto ejercicio de la potestad reglamentaria.

En este orden de argumentos, conviene hacer una última precisión. El ejercicio de la potestad reglamentaria no sólo está sometida a la Constitución y a la ley, y al orden de valores constitucionales. En la medida, en que no estén recogidos o supuestos por la propia norma fundamental, el reglamento ha de respetar los principios generales del Derecho. En efecto, desde la reforma de 1974 del Título preliminar del Código civil, se ha acogido legislativamente la concepción de Federico de Castro sobre estos principios: no son una simple fuente subsidiaria a la que se acude en defecto de la ley o de costumbre del lugar, como quería el antiguo artículo 6.2 del Código civil. Por el contrario, los principios generales además de fuente subsidiaria tienen un carácter informador de la totalidad del ordenamiento jurídico (art. 1.4 C.c.) De ahí que, desde esta perspectiva, sean anteriores y, por tanto, superiores, incluso a la ley y se beneficien de las consecuencias de la jerarquía normativa: "carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior" (art. 1.2 C.c.). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado esta interpretación y ha refrendado la eficacia jurídica de los principios generales del Derecho (21). Por tanto, junto a la Constitución, las leyes, los valores constitucionales, los principios delimitan al ámbito dentro del cual se ha de ejercer la potestad reglamentaria.

Es importante esta última observación para despejar las dudas que aun pudiera haber en este punto, derivadas fundamentalmente de algunas decisiones del Tribunal Supremo (22).

C. El reglamento como fuente secundaria. El principio de legalidad

De esta manera, vemos que la Constitución ha trazado un esquema que perfila los aspectos más significativos del reglamento aunque no le

(20) Pablo Lucas Verdú, "Comentario al artículo 1º de la Constitución", en *Comentarios a las leyes políticas dirigidos por Oscar Atzaga, Tomo I. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, págs. 37 y sigs.

(21) Así, a partir de la STC de 2 de febrero de 1981.

(22) Cfr. Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 33-34.

dedica una regulación sistemática. Como ha señalado Pérez Royo (23) la norma constitucional es muy concisa en lo que se refiere a la disciplina de las fuentes tradicionales del derecho: la ley y el reglamento.

Esto no quiere decir, sin embargo que carezcan de importancia. Ya hemos hablado del significado de la ley. Es menester, decir algo ahora sobre el reglamento en cuanto acto normativo. Es una fuente secundaria, sus normas no innovan en sentido propio el ordenamiento en la medida en que operan por debajo de la ley y no pueden modificar por sí mismos —esto es, sin habilitación legal— la esfera de derechos y deberes de los ciudadanos. En definitiva adolecen del carácter subordinado propio de las normas que se emanan sin la participación directa o indirecta de la comunidad (24).

No obstante, puede decirse que sirven para integrar y desarrollar la ley. Desde esta perspectiva colaboran a la construcción del ordenamiento jurídico e inciden en la esfera de autonomía de las personas y de los entes públicos. Por eso son fuente del derecho.

En cuanto a la estructura lógico-formal de sus disposiciones, presentan los caracteres de generalidad y abstracción que también se predicán de las leyes (25).

Este carácter secundario, subordinado de las normas reglamentarias no debe llevarnos a engaño. Los reglamentos son los actos normativos que se producen en mayor número y con mayor intensidad en cualquier ordenamiento jurídico. El español no es ninguna excepción. García de Enterría, recordando a Carl Schmitt, ha hablado de "legislación motorizada" (26). Con esta expresión no sólo se refiere al creciente número de leyes que encuadran nuestra vida, sino también la ingente cantidad de decretos que introducen normas reglamentarias.

De hecho, la vida de cualquier particular se va acosada constante-

(23) Javier Pérez Royo, "Fuentes del Derecho", en José Juan González Encina (ed), *Diccionario del sistema político español*. Akal, Madrid, 1984, pág. 348. Id. *op. cit.*, págs. 81 y sigs.

(24) Lorenza Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*. Cedam, Padua, 1966. Págs. 12 y sigs. A este carácter subordinado, secundario, se refiere el Tribunal Constitucional, cuando en su sentencia 35/1982, de 14 de junio, fundamento 2º, habla del carácter "radicalmente limitado", por la ley, propio del reglamento. Sin embargo, eso no le impide reconocer su virtualidad innovadora: cfr. STC 39/1982, de 30 de junio.

(25) Carlassare, *op. cit.*, págs. 28 y sigs.

(26) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1979, pág. 162.

mente por distintas disposiciones de esta naturaleza. Los fines asistenciales del Estado social de Derecho se traducen en una intervención continua de la Administración en las diferentes facetas de la vida social. La actividad de prestación cobra aquí una gran importancia. Todo ello lleva a la necesidad de dictar reglamentaciones para abordar cada problema específico. Cobra así presencia material el principio Administración y se hace necesario afrontar el reto que representa la salvaguardia del Estado de Derecho frente a la impresionante estructura del Poder ejecutivo (27).

En este punto, hay que regresar a cuestiones ya mencionadas: el poder reglamentario del Gobierno se ejerce de acuerdo con la Constitución y la ley (artículo 97 C.E.). El artículo 9.3 C.E. consagra al principio de legalidad. Es importante, entonces, establecer como juega el principio de legalidad en relación con la acción administrativa y reglamentaria del Gobierno.

Aquí se ha producido una conocida evolución tanto del ámbito dentro del que opera el principio de legalidad como de la naturaleza de la vinculación que ejerce sobre el Gobierno y la Administración (28). En cuanto a la primera ya se ha dicho que actualmente se concibe a la ley como fuente preferente y universal: no hay materias excluidas para el legislador, solamente podrá admitirse dicha zona excluida para la ley cuando se opere en ordenamientos que expresamente la disponen a nivel constitucional.

Tal es el caso de Francia bajo la Constitución de 1958 (29). Sin embargo, ni siquiera aquí ha prevalecido esta restricción material del ámbito propio de la ley y así la evolución reciente de la jurisprudencia del Consejo Constitucional no sólo ha conducido a una extensión continua del dominio de la ley sino que incluso ha llegado a abandonar definitivamente la noción material de ley que, en principio parece deducirse del artículo 34 de la Constitución francesa (30).

(27) Sobre la necesidad de nuevas técnicas de protección de la libertad ante esta situación, Cfr. García Pelayo, *op. cit.*, págs. 65-66.

(28) Jesch, *op. cit.*, págs. 131 y sigs. estudia precisamente la evolución del principio de legalidad.

(29) La Constitución de 1958 en su artículo 34 enumera las materias propias de la ley y el artículo 37 establece que "las materias que no sean las propias del dominio de la ley poseen un carácter reglamentario".

(30) Cfr. Louis Favoreu, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger* n. 2/1983, LGDJ, París, págs. 348 y sigs. donde, además de analizar diversas decisiones del Consejo Consti-

Así, pues, asistimos a la consagración de la capacidad reguladora universal de la ley. Pero, esta ley, tendencialmente, omnicompreensiva ¿cómo opera frente al Gobierno y la Administración? Desde, las primeras formulaciones del Estado de Derecho se ha pretendido asegurar el imperio de la ley frente al Poder ejecutivo. La legalidad de la Administración es uno de los corolarios del Estado de Derecho.

Se trata de someter a Derecho, someter a la voluntad del legislador la acción de los órganos gubernamentales y administrativos. Este propósito se realiza en un primer momento gracias a una formulación negativa del principio de legalidad: el Poder ejecutivo no puede actuar en contra de las leyes. De esta manera, la ley opera como un límite a la discrecionalidad administrativa. Límite que es reforzado por la técnica de las reservas legales. Esta construcción supone un indudable progreso puesto que permite el control judicial de la observancia de esos límites por el reglamento y, en general, los actos administrativos. Es, pues, una manera de hacer eficaz el principio de la separación de poderes, asegurando la primacía política del órgano representativo de los ciudadanos. En el fondo, esto es lo que significa la subordinación de la acción administrativa a la ley.

Pero si las transformaciones del Estado han producido un crecimiento desorbitado del área del Poder ejecutivo, un ensanchamiento de los ámbitos del Derecho administrativo y, por tanto, de los reglamentos, ese proceso se ha visto acompañado por un esfuerzo paralelo por asegurar el sometimiento al Derecho de esos poderes en expansión. Así es posible hablar de la paulatina configuración del régimen administrativo como una lucha contra las inmunidades del poder (31). En efecto, se observa un importante esfuerzo doctrinal que conducirá a la transformación del sentido del principio de legalidad: de operar como un límite externo a los poderes de la Administración (vinculación negativa), se ha pasado a considerar la ley como presupuesto habilitante para su existencia y ejercicio (vinculación positiva) (32).

tucional que conducen a estas conclusiones, se hace eco de posiciones doctrinales de dos constitucionalistas eminentes (Renè Capitant y Michel Debrè) que en 1967 y 1972 respectivamente relativizaban la tajante división de campos normativos que parecía deducirse de la Constitución (*ibidem* pag. 353, nota 50).

(31) Cfr. Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, 3ª ed.

(32) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 365 y sigs. Véase, además, la excelente síntesis que realiza José Luis Carro y Fernández Valmayor en el trabajo que publica con Rafael Gómez-Ferrer Morant, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", en *Documentación Administrativa*, nº 188. Presidencia del Gobierno,

Esta doctrina, fundada en concepción gradualista del orden jurídico elaborada por Merkl y adoptada por Kelsen, se ha aplicado a nuestro ordenamiento utilizando para ello preceptos a los que ya hemos aludido: artículo 9.1 y 9.3 C.E., artículo 103.1 C.E. y relacionándolos con disposiciones legales que ya ofrecían una base preconstitucional para esta interpretación. Así, las nociones de "conformidad al Derecho", o "infracción del ordenamiento jurídico", de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 83), y de la Ley de Procedimiento Administrativo (artículos 40.2, 48 y 115). Igualmente, la idea de ordenamiento jurídico acogida por la reforma del Título preliminar del Código Civil. De esta forma se llega a la conclusión de que "no hay en el Derecho español ningún "espacio franco o libre de ley" en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos han de someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen "infracción del Ordenamiento Jurídico" y les priva, actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad) de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. . . "El principio de legalidad opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa" (33).

La jurisprudencia constitucional parece orientarse en este sentido. Así, en la ya citada sentencia 35/1982, de 14 de junio, afirma (fundamento 2º) que la potestad reglamentaria "salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero [el legislador] l(a) habilite)". Por su parte, en la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el Tribunal ha afirmado: "Este principio de reserva de ley entraña en efecto una garantía esencial de nuestro Estado de derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último 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, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una

Madrid, 1980, págs. 182 y sigs. También, Garrorena, *op. cit.*, págs. 78 y sigs. Véase, igualmente, Jesch, *op. cit.*, págs. 219 y sigs. Carlassare, *op. cit.*, págs. 155 y sigs.

(33) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 369-370.

regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador". (Fundamento 4º). En esta misma sentencia (fundamento 3º), el Tribunal establece que "el principio de legalidad (artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal".

Resumiendo lo que hasta ahora se ha dicho, resulta la siguiente posición del reglamento: a) Es una fuente normativa subordinada a la ley: sólo es posible dictar un reglamento cuando lo autorice la ley y en los términos que ésta disponga b) La ley sólo puede remitir al reglamento cuando se trate de materias que no están protegidas por la técnica de la reserva c) El reglamento para ser válido no sólo ha de respetar la ley, sino el conjunto de valores y principios generales que informan el ordenamiento jurídico d) El control judicial asegura esta correspondencia formal y material del reglamento a la ley y al Derecho, es decir vela por el imperialismo de la ley.

Esta configuración de los presupuestos y del ámbito propio del reglamento es plenamente coherente con la idea de Estado de Derecho de la Constitución. La potestad reglamentaria está limitada jurídicamente y sintoniza con los principios que caracterizan nuestro ordenamiento constitucional.

4. *EL PROBLEMA DE LOS LIMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN RELACION CON LA DINAMICA DE SU EJERCICIO*

No podemos desarrollar en este lugar una teoría completa del reglamento que habría que construir articulando los principios constitucionales examinados con las normas recogidas en distintos textos legales: el Código Civil, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, si haremos algunas referencias concretas a aspectos puntuales del régimen jurídico de los reglamentos del Gobierno con el objeto de poner de manifiesto algunos aspectos problemáticos en torno a su ámbito normativo.

a) *El titular de la potestad reglamentaria.* El artículo 97 C.E. es determinante en este punto: la potestad reglamentaria corresponde al Gobier-

no. Por Gobierno hay que entender aquí Consejo de Ministros (34). Creo que conviene subrayar que la atribución se efectúa en favor del Gobierno y no de la Administración. El artículo 97 C.E. también es terminante en este punto (35). Con esta precisión no pretendo realizar una disputa meramente semántica o terminológica, sino enlazar con una interpretación estricta de la Constitución: el Gobierno es un órgano constitucional perfectamente identificado que dirige la política nacional y, para ello ejerce la potestad reglamentaria y la función ejecutiva y dirige la Administración. Pero propiamente no se confunde con ella. La Administración tiene una realidad institucional propia íntimamente ligada al Gobierno pero carente de la naturaleza jurídico política de éste. El Gobierno responde políticamente ante las Cortes, la Administración responde jurídicamente ante los Tribunales. El Gobierno se renueva periódicamente, la Administración permanece.

Por su parte, el reglamento no es sólo un acto administrativo, normalmente, el reglamento gubernamental será también un acto de orientación política. Me parece que hay que tener en cuenta estos datos para situar correctamente la cuestión. Hay que enfocar este tema desde la Constitución, no desde las leyes administrativas.

El artículo 97 C.E. atribuye al poder reglamentario, es decir, la producción de esta fuente normativa, solamente al Gobierno. Esto quiere decir, que los miembros de éste y los titulares de los órganos de la Administración carecen de potestad para emanar reglamentos. Sólo si se produce una específica habilitación legislativa podrán dictarlos. Obviamente, nos referimos a reglamentos jurídicos, es decir, a reglamentos que inciden en la esfera jurídica de los particulares. Como ya dijimos antes esto no supone que los ministros u otras autoridades inferiores carezcan de la facultad de dictar normas organizativas (36). De hecho la LRJAE la reconoce expresamente (artículos 14 y 23 y sigs.).

b) La propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Es-

(34) Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Gobierno", en *Diccionario del sistema político español*, cit., págs. 382 y sigs.

(35) Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, pág. 172, la potestad reglamentaria se le reconoce y atribuye a la Administración.

(36) Cfr. Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 16 y sigs. También, Rafael Gómez-Ferrer Morant, *op. cit.*, págs. 227 y sigs. Asimismo, García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 170 y sigs. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es oscilante en este punto. Así, las STS de 3 de diciembre de 1981, 15 de junio de 1982, 12 de julio de 1982, 15 de octubre de 1982, todas de la Sala 3ª, adoptan criterios contradictorios. Cfr. al respecto, Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 19 y sigs.

tado contiene otra norma interesante: la que establece la *inderogabilidad de los reglamentos*. En efecto, el art. 30 señala que “las resoluciones administrativas de carácter singular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a estas” (37). García de Enterría y Fernández Rodríguez encuentran que la justificación de esta norma —que más que un límite al reglamento entienden que representa una regla para su aplicación— en la construcción técnica del principio de legalidad. La Administración —señalan— está sometida a todo el ordenamiento, por lo tanto, también a sus reglamentos. En tanto en cuanto no se haya previsto la dispensa, la derogación singular sería una infracción del propio reglamento. A diferencia de la ley, el reglamento no puede autorizar derogaciones singulares porque está vinculado a la legalidad, vinculación que no afecta al legislador.

Parece que esta justificación es razonable. Sin embargo, el problema de la derogación singular que excluye el artículo 30 LRJAE puede plantearse en unos términos que conlleven una solución diferente. En este sentido, se ha apuntado (38) que el principio de igualdad sustancial, tal como resulta configurado por el artículo 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la española puede exigir, precisamente un tratamiento particular diferenciado para evitar que la igualdad ante la ley se traduzca en injusticia. Desde luego, este planteamiento se presenta como una excepción. Sin embargo, no creo que por eso deba dejar de considerarse: la igualdad no supone necesariamente un trato igual, sino, precisamente, una atención diferenciada para aquellos supuestos que sean objetivamente diferentes. Así planteadas las cosas, habría que recordar que el Gobierno es un poder público y a los poderes públicos les corresponde remover los obstáculos que dificulten la efectividad de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2. C.E.).

c) Entre las distintas clases de reglamentos se encuentran los llamados *reglamentos ejecutivos*. Son los que ejecutan la ley. Es decir, los que la desarrollan e integran para su más eficaz aplicación. El reglamento ejecutivo no puede transgredir los contenidos materiales de la ley. Pero esto no significa que se deba limitar a reiterar automáticamente sus preceptos “no debe entenderse que la administración sólo fuese el brazo alargado de la ley y se limitara a ejecutarla automáticamente sin libertad creadora” (39). Como dice Starck, “las palabras de la ley necesitan siempre

(37) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs., 183 y sigs.

(38) Enzo Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1967, págs. 365 y sigs.

(39) Starck, *op. cit.*, págs. 386.

ser interpretadas”, “La vinculación a la ley de la administración ni puede normarse a nivel jurídico-positivo más allá de las posibilidades lingüísticas, ni quedar por debajo de éstas en cuanto que regulada por el Derecho positivo” (40). Precisamente, este margen de que dispone el Gobierno para ejercer la potestad reglamentaria es lo que le otorga al reglamento su condición de fuente.

A ello alude el Tribunal Constitucional en su sentencia 39/1982 de 30 de junio cuando señala: “que la coincidencia de regulaciones materiales en la relación ley-Reglamento en la que este asume el desarrollo normativo, que complementa o pormenoriza el texto de la ley, no significa la negación de la nota de “innovativo” como una de las que se predicen acertadamente para definir lo que es el reglamento y no ejecución, pues innovar es, también, desde la perspectiva calificadora que estudiamos el desarrollo de las normas anteriores. Desarrollo normativo, se distingue de aplicación en el esquema de la distinción entre reglamento y acto” (41).

En torno a esta relación ley-reglamento es preciso tener en cuenta otro dato: el reglamento ejecutivo efectúa un desarrollo normativo de la ley que posee un cierto sentido innovativo como acabamos de ver. Esa interpretación reglamentaria de la ley necesariamente ha de ser conforme a ella. No caben reglamentos *contra legem*. Será necesario que el Poder judicial controle el sometimiento pleno a la legalidad formal y material. Incluso deberá fiscalizar las integraciones, y complementos *secundum y praeter legem* que puedan existir en un reglamento para determinar si entran dentro de lo que es el desarrollo normativo de la ley.

Ahora bien, lo que nunca puede admitirse es *subordinar la eficacia de la ley al reglamento*. Las leyes según el Código Civil (artículo 2.1) entran en vigor a los veinte días de su publicación completa en el Boletín Oficial del Estado a no ser que dispusieren lo contrario. Creo que es importante recalcar esta cuestión porque existe una tendencia generalizada —sobre todo en la Administración— a relativizar la eficacia de las leyes a la emanación y al propio contenido del reglamento. Admitir la validez de este planteamiento supone alterar radicalmente los conceptos de Estado de Derecho y del principio de legalidad constitucionalmente establecidos. Pasaría a predominar la voluntad gubernamental y administrativa sobre la voluntad legislativa en detrimento de los principios políticos básicos de la soberanía nacional y de la democracia representativa.

(40) *Ibidem*. También, Carlassare, op. cit., págs. 198 y sigs. Mortati, *Istituzioni*, vol. II, cit., págs.

(41) En el mismo sentido la STC 18/1982, de 4 de mayo.

Lo mismo habría que decir de aquellos supuestos en que una norma reglamentaria suspendiese o condicionase sin habilitación superior previa la aplicación de una ley.

Es cierto que en algunos casos las normas legales necesitan inexcusablemente una concreción reglamentaria. En tales supuestos creemos que la propia ley ha de imponer al Gobierno un plazo determinado para la adopción del correspondiente reglamento y habría que plantearse la exigencia de una responsabilidad gubernamental no solamente política, cuando no lo hiciese y de ese incumplimiento se derivasen perjuicios para los ciudadanos. Lo que, sin duda no puede admitirse es que este tipo de omisión no de lugar en tales casos a responsabilidad.

Fuera de los supuestos en que la concreción reglamentaria sea indispensable hay que afirmar la aplicabilidad directa de la ley: es decir, su capacidad para configurar situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y para fundamentar en base a ella pretensiones deducibles ante los Tribunales.

Otro tipo de cuestiones que suscita la conexión ley-reglamento se refieren a la situación en que quedaría la norma reglamentaria en el supuesto de que *fuese derogada la ley objeto de desarrollo reglamentario o fuese declarada inconstitucional*.

Normalmente, en el primer supuesto, si la derogación se produce de una manera expresa, será la ley derogatoria la que fijará su alcance determinando qué disposiciones normativas pierden vigencia. Al menos esto sería lo deseable. Ahora bien, cuando esto no suceda ¿qué ocurre con los reglamentos ejecutivos? Del mismo modo ¿qué ocurre con los reglamentos dictados en base a leyes declaradas contrarias a la Constitución? Porque el Tribunal Constitucional en los procesos de constitucionalidad sólo se pronuncia sobre la ley o sobre las normas con fuerza de ley impugnadas. No puede extender su decisión a los reglamentos (42).

La solución que se impone en los casos de derogación de la ley por contradicción con otra posterior es evidente. Viene dada por un princi-

(42) Lógicamente, nos referimos a los procesos de constitucionalidad, pues cuando el Tribunal, con motivo de un conflicto de competencias deba enjuiciar la constitucionalidad de una ley, su sentencia no se limitará a pronunciarse sobre ella, sino que, también, resolverá sobre la titularidad de la competencia y sobre la validez de los reglamentos y de cuantas disposiciones se hayan dictado en relación con la competencia controvertida (cfr. artículos 66 y 67 LOTC).

pio general acogido por el art. 2.2 del Código Civil: las disposiciones posteriores derogan a las anteriores que sean incompatibles con ellas, se refieran a la misma materia, y sean de igual o superior rango. Ahora bien, cuando una ley sea declarada nula por el Tribunal Constitucional se produce una situación en la que el presupuesto habilitante de la potestad reglamentaria, la propia ley, desaparece del ordenamiento jurídico, sin que sea sustituida por otra nueva.

De este modo, sucederá que un reglamento dictado respetando plenamente esa ley que acaba de declararse inconstitucional sería formalmente legal y, por tanto, inatacable desde esta perspectiva pero constitucionalmente irregular. No nos cabe duda que en este supuesto se podría reaccionar frente a esas disposiciones reglamentarias a través de los remedios judiciales. Según el artículo 7 LOPJ los jueces deberían inaplicarlos y de acuerdo con la LJCA se podría solicitar la declaración de su nulidad. Porque en casos como éste estaríamos ante nulidad radical sobrevinida: de hecho este reglamento no estaría de acuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico, no sería conforme a Derecho (artículos 9.1 y 103.1 C.E.) y su mantenimiento formal en el ordenamiento jurídico atacaría al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.).

Por eso, habría que considerar que el poder de la Administración de declarar de oficio la nulidad de los reglamentos ha de ser cumplido especialmente en estas ocasiones (artículo 109 LPA). Es decir, que la libertad de apreciación que le confiere este precepto, "la Administración podrá", desaparecería para transformarse en un imperativo. Cuando una ley es declarada inconstitucional no queda ningún margen de duda posible sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico. Por tanto, estaríamos ante la hipótesis más clara para la aplicación de esta técnica depuradora de las irregularidades normativas.

No obstante, nos parece que este sistema no es el que ofrece las mayores ventajas. En efecto ¿porque disociar la declaración de nulidad de la ley de la del reglamento que la ejecuta si en realidad ley y reglamento configuran un conjunto normativo? Como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 18/1982, de 4 de mayo) "la distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de la eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia...".

Estamos pensando en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional extienda el ámbito objetivo de la sentencia estimatoria de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad a las disposiciones reglamentarias de-

rivadas de la ley que se declara nula. Teóricamente, sería la solución más sencilla, e incluso podría venir facilitada por la identificación del conjunto normativo ley-reglamentos en la demanda de inconstitucionalidad o en el auto de remisión de la cuestión.

El enjuiciamiento de los reglamentos por los órganos encargados de ejercer la justicia constitucional no es algo que pueda considerarse heterodoxo. La Ley Constitucional austriaca lo prevé expresamente en su artículo 139 y es la que responde más claramente al modelo kelseniano (43). por su parte, la Ley de la Corte Constitucional dedica sus artículos 57 a 61 a regular la impugnación de los reglamentos ilegales (44).

Por otra parte, nuestra Constitución y la LOTC permiten que el Tribunal Constitucional conozca pretensiones contra reglamentos: así, además, del supuesto previsto en el art. 161.2 C.E., en la medida que viole un derecho fundamental, un reglamento puede dar lugar a un recurso de amparo (45). Del mismo modo, un reglamento puede originar un conflicto de competencias. Así, pues, la materia reglamentaria no es algo ajeno a las competencias del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la sentencia constitucional en materia de conflictos tiene una gran extensión objetiva: declara la titularidad de la competencia, acuerda la anulación de la disposición o acto originante del conflicto y resuelve lo que estime procedente sobre las situaciones de hecho o de derecho originadas (Cfr. Art. 66 LOTC).

Lo que estamos considerando no es propiamente la atribución de una nueva competencia al Tribunal: no se trata de conferirle el poder general de enjuiciar los reglamentos, sino solamente el de declarar la nulidad de la ley y de los reglamentos fundados en ella. Por tanto, más que una cuestión de competencia es un problema de delimitación del ámbito material de la sentencia de inconstitucionalidad. Vistas así las cosas, hay

(43) Cfr. Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l'etranger*, 1928, págs. 197 y sigs., propone la inclusión de los reglamentos ejecutivos entre los actos sujetos a control de constitucionalidad. Para una referencia a la cuestión que planteamos en el texto en el ordenamiento italiano, cfr. Carlassare, *op. cit.*, págs. 325 y sigs.

(44) Cfr. al respecto, Theo Öhlinger, *Legge sulla Corte Costituzionale austriaca*. Ce-deur, Florencia, 1982, págs. 65 y 109 y sigs. Por lo demás, acogen esta solución, Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milán, 1964, págs. 47 y sigs.; id. *Istituzioni*, vol. II, *cit.*, pág. 1404. También Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 61 y sigs.

(45) En este sentido, cfr. STC 31/1984, de 4 de marzo, fundamento 4º.

que examinar las normas que lo regulan. El artículo 164 de la Constitución no cierra el camino a una interpretación como la que proponemos. Sin embargo, el artículo 39 LOTC la excluye: la sentencia estimatoria se limita a declarar la nulidad de los preceptos impugnados y de los que por conexión o consecuencia estén viciados de inconstitucionalidad (46). Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional remite el control de los reglamentos a los Tribunales (47).

La única forma en la que el Tribunal Constitucional, vista la regulación de sus facultades y su interpretación jurisprudencial, puede concurrir a la eliminación formal de los reglamentos a que nos estamos refiriendo es la que ofrece el art. 92 LOTC: el Tribunal puede disponer quién ha de ejecutar sus sentencias. No podemos profundizar aquí hasta donde llega esta facultad (48), pero no nos parece dudoso que, al menos, permite incluir el requerimiento al Gobierno para que declare la nulidad de esos reglamentos.

d) Hemos señalado que la configuración del principio de legalidad como exigencia de una vinculación positiva de los poderes públicos a la ley hace más intenso el sometimiento a las exigencias del Estado de Derecho del Gobierno y la Administración. Ahora bien, existen disposiciones constitucionales y prácticas jurídicas que pueden desvirtuar en parte esta construcción.

Así, en primer lugar, surge la siguiente pregunta: el artículo 97 C.E. atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria. Por consiguiente, ¿no tiene el Gobierno una *habilitación general para dictar reglamentos* sin necesidad de una habilitación puntual en cada caso? (49).

A nuestro juicio, el problema puede ser superado interpretando sistemáticamente la Constitución. El poder reglamentario que menciona el art. 97 C.E., no atribuye al Gobierno una potestad discrecional, libre en cuanto al cuándo y al cómo de su ejercicio. Está limitada por la Constitución y las leyes y sometida plenamente a Derecho. Teniendo en cuenta esto último, puede conectarse la atribución del art. 97 C.E. con la con-

(46) Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. IEAL, Madrid, 1982, págs. 235 y sigs.

(47) Así, por ejemplo, STC 20/1981, de 11 de junio, fundamento 4; STC 32/1983, de 28 de abril, fundamento 1; STC 83/1984 de 24 julio, fundamento 5°.

(48) Cfr. Bocanegra, *op. cit.*, págs. 245 y sigs.

(49) En torno a este tema, cfr. Carro y Fernández Valmayor, *op. cit.*, págs. 187 y sigs. También Carllassare, *op. cit.*, págs. 268 y sigs.

cepción positiva del principio de legalidad ya que ésta se deriva de la propia Constitución.

De esta manera el art. 97 C.E. identificaría al titular del poder reglamentario y no excluiría la habilitación puntual para su ejercicio.

No obstante, esta cláusula general puede servir para fundamentar la emanación de reglamentos ejecutivos de las leyes cuando éstas no se la encomiendan expresamente al Gobierno y sean precisos para su aplicación. Es decir, que excepcionalmente, podría operar como título habilitante para el ejercicio puntual del poder reglamentario. Claro que, para ser coherente con cuanto hemos señalado, convendría precisar que la directa cobertura constitucional de un reglamento ejecutivo debería corresponderle con una necesidad manifiesta del reglamento para aplicar la ley. Necesidad que, por otra parte, podría ser considerada como una atribución tácita o implícita de la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, está el problema de los llamados *reglamentos independientes*. Una interpretación estricta del principio de vinculación positiva conduciría a negar su existencia. Sin embargo, en la práctica se dictan reglamentos que no son propiamente integrativos o complementarios de una ley y que no se basan en una ley previa, o, si aducen un fundamento legal, es indirecto y genérico.

Actualmente se sostiene (50) que un reglamento independiente de la ley únicamente cabe "en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados".

Por tanto, es un reglamento administrativo o interno (51) que no puede proyectar su eficacia *ad extra*, sobre la esfera jurídica de los particulares o de entes distintos del que los dicta y que se explica fundamentalmente por razones funcionales (52).

(50) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 191.

(51) Ese carácter interno era una de las razones por las que en tiempos pasados se sostuvo que no eran propiamente normas jurídicas. Kelsen, *Teoría General del Estado*, *cit.*, pág. 310, subraya, por el contrario, su carácter jurídico.

(52) Boquera Oliver, *op. cit.*, pág. 10 reconduce estos reglamentos al concepto de poder de organización. Véase también, Juan Alfonso Santamaría Pastor, "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", *REDA*, n° 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs. 68 y sigs.

Además, se ha rastreado el ámbito que podría ser típico de estos reglamentos: el organizativo, las relaciones de supremacía especial, las prestaciones favorables a los administrados y se ha puesto de manifiesto que, también aquí, diversas reservas constitucionales restringen mucho el campo que podría quedar para un reglamento independiente de la ley; quedaría un espacio "residual" determinado por las materias no reservadas a la ley y condicionado permanentemente por la posibilidad de que el legislador las regule directamente, excluyéndolas así del poder normativo independiente del Gobierno (53).

Sin embargo, no se niega la figura del reglamento independiente sencillamente porque existe, porque el Gobierno y la Administración los dictan. Incluso, se ha hablado de la irresistible expansión de este tipo de potestades normativas del ejecutivo que es exigido por las tendencias propias de las organizaciones estatales contemporáneas (54), que es una manifestación del deber del ejecutivo de cumplir con sus cometidos institucionales (55). Desde luego, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo los admiten (56).

En este sentido, hay que tener en cuenta, además, otro dato que proviene del Derecho comparado y que, en cierto modo, sirve de contrapunto a la evolución que manifiesta la experiencia jurisprudencial francesa. Me refiero a las primeras conclusiones de la *Comisión parlamentaria para las reformas institucionales del Parlamento italiano*, la Comisión Bozzi. Entre ellas, y dentro de los puntos de amplia convergencia entre las distintas fuerzas políticas parlamentarias, se alude a la necesidad de efectuar "una revisión de los poderes normativos del Gobierno para ampliarlos mediante la previsión de instrumentos que consientan

(53) Gómez-Ferrer Morant, *op. cit.*, págs. 214 y sigs.

(54) Mortati, *Atti con forza di legge, cit.*, págs. 47 y sigs.

(55) Mortati, *Istituzioni, vol. II, cit.*, 794 y sigs.

(56) Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 18/1982, de 4 de mayo, contra-pone reglamentos ejecutivos y reglamentos de organización. También la STC 35/1982, de 14 de junio. Claro que estas decisiones jurisprudenciales han de interpretarse teniendo en cuenta cuanto señala la STC 83/1984, de 24 de julio, fundamento 4º, que ha yemos citado en el texto. Por su parte, el Tribunal Supremo ha precisado, con mayor detalle y generosidad, el ámbito posible del reglamento independiente, apartándose más significativamente de una concepción positiva del principio de legalidad: así, STS de 24 de noviembre de 1980 y de 22 de octubre de 1981, ambas de la Sala 4ª; y STS de 11 de abril de 1981 y de 10 de marzo de 1982, ambas de la Sala 3ª. Véase al respecto, sobre la jurisprudencia post-constitucional del Tribunal Supremo, Bartomeu Colom Pastor, "Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional" en *REDA*, nº 40-41, Civitas, Madrid, 19 de marzo de 1984, págs. 239 y sigs.

regular por reglamento materias antes disciplinadas por ley" (57). Los parlamentarios italianos consideran conveniente facilitar las deslegalizaciones, esto es ampliar el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno. Nos encontramos, pues, con que en un sistema semejante al nuestro, en el que se acoge una concepción de la ley como fuente universal y preferente, se pretende facilitar el uso del reglamento aunque siga subordinándosele al legislador, para permitir una mayor agilidad en su utilización. En el fondo, nos parece que esto no es otra cosa que el reconocimiento de esa tendencia creciente que conduce al ejecutivo a regular amplios sectores de la vida estatal y, en cierto modo, una forma de acomodar la norma constitucional a la realidad.

Ante esta realidad, cobra una gran importancia la labor fiscalizadora de los jueces porque si en el supuesto de la habilitación legal la potestad reglamentaria aparece ya encuadrada formalmente por la ley, en el caso del llamado reglamento independientes esa referencia no existe. Tampoco hay la obligación gubernamental de contar con el dictamen previo del Consejo de Estado que, en cambio, es preceptivo para los reglamentos ejecutivos (Cfr. art. 22.3 LOCE). Sin embargo, como si siguen operando las normas, principios y valores constitucionales y los principios generales del ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria independiente debe respetarlos, también es un poder limitado. Y la garantía de que no exceda de ellos la representa su control judicial.

5. CONCLUSION

Hemos apuntado a lo largo de estas páginas algunos aspectos destacados de la configuración constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno. Ciertamente, existen cuestiones de relieve que no nos hemos propuesto estudiar. Tal vez la principal entre ellas sea la relacionada con el juego de la conexión ley-reglamento en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante creo, que se han señalado los perfiles más importantes y algunas de las cuestiones que suscitan.

Es evidente, el avance que el tratamiento constitucional del reglamento y su interpretación doctrinal representan en la vía de profundización del Estado de Derecho. Sin embargo, pese a todo, el Gobierno para cumplir con sus objetivos de orientación política, la Administración por

(57) Cito por el texto mecanografiado de la *Prima relazione ai Presidenti delle Camere del Presidente della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali*, on. Aldo Bozzi.

su inercia burocrática y ambos por imperativos de eficacia y funcionalidad, tienden a salirse de estos esquemas que hemos expuesto.

Esto hace que sean cada vez más importantes las garantías jurídicas y, en la medida, en que estas sean insuficientes, las políticas. Augusto Barbera (58) ha desarrollado una interesante crítica al sistema de garantías de los derechos fundamentales que se fundamenta en el esquema tradicional del Estado de Derecho. El sistema de los derechos públicos subjetivos es insuficiente, demasiado estrecho. Por eso, propone su integración por medio de instituciones de libertad, contrapoderes sociales, instancias participativas que moderen el poder estatal. Y, en relación con este planteamiento, propone redescubrir el derecho objetivo a través de la potenciación de los valores que asume.

Pues bien, en la conjunción de estas dos líneas de acción, una fundamentalmente política, encaminada a un control vertical del poder (59) y, otra, básicamente jurídico-política dirigida a construir las bases normativo-institucionales precisas para que los valores constitucionales se realicen cada vez con mayor intensidad creemos que puede estar la clave para corregir las disfunciones que aquejan a nuestro Estado social y democrático de Derecho:

(58) Augusto Barbera, "Commento all'art. 2°", en *Commentario della Costituzione diretto da Giuseppe Branca. Principi fondamentali (Art. 1-12)*. Zanichelli, Bologna, 1975, págs. 65 y sigs.

(59) Loewenstein, *op. cit.*, págs. 390 y sigs.