

LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCION

POR

MARTÍN BASSOLS COMA

Letrado de las Cortes
y Profesor agregado de Derecho Administrativo
en la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. REGLAMENTOS DE LOS LLAMADOS ORGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO.—III. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO: 1. *Rango constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno y de su control judicial. Ausencia de una regulación expresa de su extensión, modalidades y procedimiento de su ejercicio.* 2. *Delimitación del ámbito propio de la potestad reglamentaria: el principio de legalidad de la Administración y su alcance constitucional:* A) El principio de legalidad y su consagración constitucional. B) Primacía absoluta de la Ley. C) Reservas derivadas del reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales. D) La reserva de Ley en materia de principios rectores de la política social y económica. E) Organización administrativa y reserva de Ley. 3. *Carácter de las manifestaciones de la potestad reglamentaria: interpretación rígida y posibilidades de modulación.* 4. *Las primeras tensiones en la interpretación constitucional de las relaciones Ley-Reglamento: ámbito de la potestad reglamentaria y de las remisiones normativas. Deslegalización de materias. Delegación legislativa a través de Decretos-leyes.*—IV. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. *La Constitución identifica con precisión la producción normativa de las Comunidades autónomas a los solos efectos de su control: disposiciones con fuerza de Ley y normas reglamentarias.* 2. *Examen de dos cuestiones previas en torno a la imprecisa configuración de la potestad reglamentaria de las Comunidades autónomas:* A) ¿Existe una reserva o preferencia de Ley en la producción normativa de las Comunidades autónomas? B) ¿Las normas reglamentarias sólo pueden emanar del ejecutivo de las Comunidades autónomas? Imprudencia de trasladar el modelo de la división de poderes o funciones. 3. *Pluralidad de manifestaciones de la potestad reglamentaria de las Comunidades autónomas. Límites específicos.*—V. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ENTIDADES LOCALES: EXIGENCIA DE SU PLANTEAMIENTO.

I. INTRODUCCIÓN

La configuración de la potestad reglamentaria de la Administración y de sus diversos tipos de manifestación ha constituido en el campo del Derecho administrativo un tema de constante reflexión y de apasionadas disputas doctrinales. La indeterminación de su naturaleza

NOTA.—El presente estudio constituye la versión reelaborada y ampliada del texto de la Comunicación presentada a las Jornadas de Estudio sobre «La Constitución española y las fuentes del Derecho», organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado (21-25 de mayo de 1979).

jurídica—estructuralmente como fenómeno normativo de segundo grado y a efectos de su régimen jurídico con fuertes vinculaciones con el propio de los actos administrativos— se ha visto agravada por su propio origen histórico—como reminiscencia de un Poder Ejecutivo (1) que pretende eximirse de su subordinación al poder legislativo— y por la aparición de fenómenos nuevos de carácter mixto (entre otros, por la emergencia de los llamados actos administrativos generales de contenido no normativo). En todo caso, el olvido de su entronque constitucional ha influido negativamente en la inteligencia de una institución difícilmente susceptible de un estudio abstracto. De ahí que pueda afirmarse que toda innovación constitucional impone un replanteamiento de su problemática fundamental y de sus perfiles institucionales (2).

La reciente promulgación de la Constitución española de 1978 invita a una nueva reflexión sobre esta temática. La Constitución, por lo pronto, emplaza inexorablemente a vincular su análisis a la propia estructura constitucional. Al mismo tiempo, al sancionar una configuración pluralista del ordenamiento constitucional con manifestaciones normativas por parte del Estado, las Comunidades autónomas—en régimen de autogobierno— y de las Corporaciones locales—en régimen de autonomía— exige llevar a cabo una exploración de las peculiares manifestaciones que en estos distintos ámbitos pueda tener la potestad reglamentaria. De ahí que hayamos escogido en esta primera aproximación al tema el enfoque de los diversos tipos de reglamentos en la Constitución en atención a las diversas entidades constitucionales a las que se reconoce una potestad de tal naturaleza, intentando complementariamente analizar el posible encaje en cada uno de ellos de las clásicas formulaciones decantadas por la doctrina (reglamentos ejecutivos, independientes, autónomos y delegados).

La Constitución no declara explícitamente la consagración de una

(1) *Vid.* en particular DURAN (Charles) y LANZA (Albert): *Etudes sur les rapports entre loi et le règlement gouvernemental au XIX siècle*. Press Universitaires d'Aix-Marseille (1976), en el que se examina el periodo napoleónico desde el año IV a 1814, evidenciándose que la elección de una u otra forma de manifestación normativa obedece siempre a criterios de oportunidad política.

(2) ENZO CHELI: *Potere regolamentare e struttura costituzionale*. Milán, 1967. Para el Derecho español, A. GALLEGU ANABITARTE: *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*. IEA, Madrid, 1971.

En la doctrina francesa el tema ha sido objeto de reciente consideración y replanteamiento: *Actes du Colloque organisé par la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille: Vingt ans d'application de la Constitution le domaine de la loi et du règlement*. Press Universitaires Aix-Marseille, 1978. *Vid.* M. HENY FABRE: *La loi expression de la souveraineté*, «Revue du Droit Public» núm. 2, 1979 (que constituye una de las aportaciones a dicho coloquio).

pluralidad de ordenamientos jurídicos—antes al contrario, parece, a nivel formal, negarlo en su artículo 9.1 y 2 (3)—, pero un examen atento de su estructura evidencia su clara e irreversible aceptación. La pluralidad de fuentes del Derecho que alberga el texto constitucional—artículo 67: «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado»; artículo 153, a): «disposiciones normativas con fuerza de ley para las Comunidades autónomas», e incluso el artículo 37.1 que otorga para los convenios colectivos «fuerza vinculante»—es un índice inequívoco de la admisión de distintos grupos sociales con capacidad de expresión normativa y, en consecuencia, de un pluralismo jurídico, cuyas relaciones exigen una interpretación distinta a la tradicional en el seno de un Estado de tipo unitario y centralista que agota su problemática en la simple relación Ley-Reglamento. Cada orden normativo requeriría un análisis en sí mismo y en relación con los otros en función de su intrínseca pluralidad y de su esfera privativa de competencias. La teoría del ordenamiento jurídico (4) en su dimensión auténtica de carácter pluralista puede suministrar importantes elementos para la interpretación del texto constitucional. Si las innovaciones que aporta la Constitución en orden a la ley y a las disposiciones con fuerza de Ley son de especial significación, no lo son menos las relativas al Reglamento y a sus modalidades, y por ello hemos querido llamar la atención sobre algunas de sus facetas más relevantes, avanzando algunas hipótesis—necesariamente provisionales—que deberán ser replanteadas a medida que el desarrollo constitucional adquiera su plenitud.

II. REGLAMENTOS DE LOS LLAMADOS ORGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

El tema de la existencia de una potestad reglamentaria de los llamados Organos constitucionales, distinta y al margen de la del Go-

(3) El artículo 9.1 alude al Ordenamiento jurídico como un todo; sin embargo, el artículo 149 plantea la polaridad entre el «derecho estatal» y «el derecho de las Comunidades Autónomas».

Desde una perspectiva pluralista llama la atención que el artículo 9.3 proclame como principio informativo la «jerarquía normativa». El criterio de la jerarquía normativa habrá que entenderse modulado por el de la competencia. Sobre el problema, vid. V. CRISAFULLI: *Lezioni di diritto costituzionale*. Padova, 1976, II, páginas 179-184.

El Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional («BOCG», Congreso de los Diputados, núm. 44.I, de 24 de mayo de 1979), actualmente en fase de debate en el Parlamento, viene a sancionar en sus artículos a 77 el respeto al criterio de la competencia entre las relaciones del Ordenamiento jurídico estatal y el propio de las Comunidades Autónomas.

(4) MARTÍN BASSOLS COMA: *Reflexiones sobre el nuevo título preliminar del Código Civil: Planteamientos Jurídico-Administrativos*. «REDA», 1976, núm. 11. En este

bierno, presenta aspectos muy singulares y problemáticos que no podemos abordar en la presente ocasión en toda su extensión, si bien sus perfiles más sobresalientes no pueden pasar inadvertidos. Es preciso al introducirnos en el tema puntualizar que los términos mismos del enunciado de la cuestión son ya de por sí polémicos en su propio enunciado. La categoría de Organos constitucionales no figura en el texto constitucional de forma explícita, si bien para el cultivador del Derecho administrativo fácilmente puede detectar que la expresión tiene un claro matiz delimitador para referirse a aquellos órganos de relevancia constitucional que no son propiamente el Gobierno y la Administración. Un examen del texto constitucional revela inmediatamente que dentro de esta categoría pueden encuadrarse dos de ellos que no ofrecen ninguna duda: las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional, y, eventualmente, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal de Cuentas (en cuanto el artículo 136 subraya su dependencia de las Cortes y el ejercicio de sus funciones por delegación de aquéllas). El proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en el momento de redactar este estudio es objeto de debate en las Cortes, acuña esta categoría con ocasión de la regulación de los posibles conflictos entre los mismos (5), extremo que la Constitución no había previsto y que entraña una laguna de indudable alcance político.

La cuestión, por tanto, que se suscita en torno a estos Organos constitucionales es la de si están dotados de la facultad de dictar Reglamentos o están dotados de una potestad reglamentaria propia y,

estudio habíamos llamado la atención sobre la necesidad de interpretar el concepto positivo de Ordenamiento jurídico (art. 1.1 del Título preliminar) desde una perspectiva pluralista, puesto que en otro caso se disuelve en una pura referencia descriptiva sin auténtico contenido real.

(5) «Boletín Oficial de las Cortes Generales». Congreso de los Diputados: Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 44.I (S. A.), de 24 de mayo de 1970.

En la exposición de motivos al justificar la regulación de los conflictos entre los Organos Constitucionales y la ausencia de la previsión en el texto constitucional se manifiesta lo siguiente: la «primera de estas competencias, de las que generalmente gozan los Tribunales Constitucionales existentes en otros Estados de nuestro mismo ámbito cultural, y cuya existencia se justifica en todo caso por esa aspiración de nuestro tiempo a que antes se hace referencia, de juridificar al máximo todas las relaciones políticas, parece aún más necesaria en un Estado como el nuestro, en que el que la Historia no ha permitido la consolidación de convenciones constitucionales que en otros sistemas delimitan más allá de la letra de la Constitución, las atribuciones concretas de cada uno de los órganos constitucionales y facilitan las relaciones entre ellos.

El artículo 78 del Proyecto de Ley por remisión al 64.3 tipifica como Organos constitucionales: al Gobierno, Congreso de Diputados, Senado, Tribunal de Cuentas y el Consejo del Poder Judicial.

por supuesto, distinta de la del Gobierno. De forma expresa, la Constitución sólo prevé el supuesto de los Reglamentos de las Cortes Generales en cuanto el artículo 72 dispone que «las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto de Personal de las Cortes Generales. Los Reglamentos y su reforma serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta». Por su parte, el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 2.2, contiene una norma del siguiente tenor: «El Tribunal constitucional podrá dictar Reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos Reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en pleno, se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado", autorizados por su presente». De aprobarse este texto podría considerarse también que los demás órganos constitucionales pueden en el futuro ser habilitados por sus respectivas Leyes orgánicas para disponer de una potestad reglamentaria de análogo alcance.

El núcleo del debate jurídico en torno a este tipo de Reglamentos se centra en su propia naturaleza jurídica y, en concreto, si el término Reglamento es un simple *nomen iuris* o responde a una auténtica realidad institucional. Por lo pronto, cabe apreciar una sensible diferencia entre unos y otros; mientras los Reglamentos de las Cortes Generales derivan en cuanto a su fundamento de la propia Constitución; la potestad reglamentaria de los otros Organos constitucionales sólo se apoya en las respectivas Leyes orgánicas que desarrollan su régimen jurídico. Respecto a este segundo tipo de Reglamentos, su paralelismo con los propiamente administrativos es más próximo, por cuanto ambos son ejecución de una Ley y precisan de su previa interposición. La doctrina ha ofrecido diversas caracterizaciones en torno a esta tipología reglamentaria en función principalmente de los Reglamentos parlamentarios: tesis institucionalistas, principio de autonomía, naturaleza meramente organizatoria, manifestación de un ordenamiento interno, poder de supremacía especial... (6). No podemos entrar en la presente ocasión en el análisis de estas doctrinas, pero lo que sí conviene poner de relieve es la posible justificación de este tipo de reservas reglamentarias que fundamentalmente se basa en la idea de ga-

(6) En un exhaustivo análisis sobre las diversas doctrinas en Sergio P. PANUZIO: *I regolamenti della corte costituzionale*. Padova, 1970.

rantizar la independencia, impidiendo que el Poder ejecutivo con su potestad reglamentaria y organizativa pueda interferir y mediatizar la actuación de los Organos constitucionales. Esta es fundamentalmente la razón histórica del Reglamento de las Cámaras legislativas —si bien hoy ha evolucionado en el sentido de convertirse en un instrumento directo del desarrollo de aspectos capitales de la Constitución (7)—; justificación que podríamos extender al Tribunal Constitucional no sólo frente al Gobierno, sino incluso frente al propio poder del Parlamento, cuyos actos precisamente va a controlar (8). Parece, por tanto, que no repugna a la esencia de un ordenamiento jurídico de tipo pluralista como el configurado por la Constitución la existencia de Organos constitucionales dotados de potestad reglamentaria distinta y excluyente de la que con carácter general se atribuye al Gobierno.

La problemática jurídica de estos Reglamentos y su régimen jurídico es, no obstante, compleja y difícil por cuanto mientras existen aspectos, como los de personal y de medios materiales, fácilmente asimilables a los Reglamentos administrativos, el régimen organizativo y funcional del propio Organó, en el fondo, es producto de remisiones normativas de la propia Constitución o de la Ley orgánica respectiva, lo cual puede plantear graves cuestiones de legitimidad constitucional.

III. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO

1. *Rango constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno y de su control judicial. Ausencia de una regulación expresa de su extensión, modalidades y procedimiento de su ejercicio.*

La regulación constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno es extraordinariamente parca en contraste con la importancia que en un Estado moderno reviste el ejercicio de esta modalidad normativa y con la propia naturaleza de función constitucional que le atribuye su reconocimiento expreso. En el título IV de la Constitución, sólo cabe registrar referencias fragmentarias —aunque capitales— en

(7) La evolución experimentada por el contenido de los Reglamentos Parlamentarios explica que el Proyecto de Ley del Tribunal Constitucional entre las materias susceptibles de recurso de inconstitucionalidad a los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales (art. 30.e).

(8) El Tribunal Constitucional debe gozar de una primacía e independencia absoluta respecto a los demás órganos constitucionales. En el derecho italiano, vid. Aldo M. SANDULLI: *Sulla posizione della corte costituzionale nel sistema degli Organi Supremi dello Stato*, en «Riv. Trim. Dir. Pubblico», 1960, pp. 705 y ss.

torno a dicha potestad, sin que, por el contrario, se prevea de forma taxativa una regulación general de desarrollo de su contenido, modalidades y procedimiento de ejercicio. Del referido título y de otros preceptos conexos de la Constitución pueden esquematizarse las siguientes notas configuradoras:

- Reconocimiento explícito de una potestad reglamentaria general atribuida orgánicamente al Gobierno (art. 97). La admisión de esta potestad reglamentaria sin especificación ulterior se vincula, no obstante, directamente con la función ejecutiva que corresponde institucionalmente al Gobierno (9), como órgano de dirección de la Administración pública (art. 97).
- Si bien, como hemos apuntado, no se señalan expresamente los límites de la potestad reglamentaria, se proclama, a modo de cláusula general, que su ejercicio está subordinado a su conformidad «con la Constitución y las Leyes» (art. 97). De ello se infiere que nos encontramos ante una actividad normativa subordinada, no sólo a la Ley (principio de legalidad), sino también a la Constitución en toda su integridad y, de modo especial, a los principios institucionales sobre el ordenamiento jurídico contenidos en el artículo 9.3 (jerarquía normativa, publicidad de las normas y retroactividad de las disposiciones sancionadoras, seguridad jurídica, responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).
- La titularidad de la potestad reglamentaria se atribuye al Gobierno (art. 97), si bien, pese a lo taxativo del precepto, no parece que deba deducirse de ello que lo sea de forma total y absolutamente exclusiva, ya que cabe admitir la legitimidad de una ley que confiera facultades reglamentarias a los ministros y autoridades subordinadas en el marco estricto de una reglamentación ejecutiva de tipo organizativo, como ha sido tradicional en nuestro Derecho (10). En todo caso, esta posibilidad deberá ser contemplada, bien en una futura Ley reguladora del Gobierno (artículo 98) o de los órganos de la Administración del Estado (art. 103.2).

(9) Sobre las dificultades de una delimitación entre Gobierno y Administración, F. GARRIDO FALLA: *Constitución y Administración*. «REDA» núm. 20, enero-marzo 1979, especialmente pp. 9 y 10.

(10) Vid. el completo estudio J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER: *La Potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en el número 87 de esta REVISTA, 1978, pp. 161 y ss.

- En orden al procedimiento de elaboración y emanación de los Reglamentos, las únicas precisiones sumarias que se contienen en el texto constitucional se refieren a que corresponde al rey «expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros» —artículo 62, *f*)— y que compete a la Ley regular la «audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de sus organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten» —art. 106, *a*)—. En este último aspecto se consagra un importante derecho constitucional de participación, individual y colectiva, en la elaboración de las disposiciones administrativas —es decir, de carácter reglamentario— que puede afectarles, extremo que deberá ser objeto de una adecuada matización por la importancia de la cuestión.
- El control de la potestad reglamentaria se encomienda a los Tribunales (art. 106), si bien habrá que entender que como manifestación de la actividad del Gobierno también será susceptible de un control parlamentario por los medios y cauces señalados en los artículos 108 a 116. No se especifica si dicho control judicial corresponde en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa, puntualización que, por el contrario, se matiza en relación a las normas reglamentarias de las Comunidades autónomas (art. 153). Lógicamente, la función de control de los Reglamentos deberá corresponder, por ser una manifestación típica de la actividad administrativa, a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien no cabe excluir que las otras jurisdicciones (civil, penal, laboral) por la técnica de la inaplicación o por vía de excepción incidan indirectamente en el control de los Reglamentos contrarios a las leyes. La función de los Tribunales en orden al control de la potestad reglamentaria es exclusiva, no pudiendo suscitarse control de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional por la vía incidental prevista en el artículo 163, por limitarse a las normas «con rango de Ley». La única excepción a este respecto se contiene en el artículo 161.2, en relación a la facultad del Gobierno de impugnar ante el Tribunal constitucional «las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades autónomas», puesto que dentro del concepto de «disposiciones» deben considerarse las normas reglamentarias de las Comunidades autónomas. Al margen de

este supuesto excepcional, corresponde a los Tribunales (Contencioso-administrativo) el control de la legalidad y constitucionalidad de los Reglamentos por cuanto el artículo 97 precisa que la potestad reglamentaria se ejercerá de conformidad con «la Constitución y las leyes».

Por último, hay que anotar que la impugnación de los Reglamentos ante los Tribunales puede llevarse a efecto sin ninguna restricción en cuanto a la legitimación (11)—al contrario de lo que ocurre en el derecho vigente, cuya pervivencia en este extremo deberá considerarse anticonstitucional—ni con la carga previa de su impugnación en vía administrativa.

2. *Delimitación del ámbito propio de la potestad reglamentaria: El principio de legalidad de la Administración y su alcance constitucional.*

La referencia a una potestad reglamentaria sin ulterior especificación no permite deducir que la Constitución habilite a un ejercicio de la misma de forma indiscriminada e indeterminada en cualquier tipo de materias, inclusive en las tradicionalmente tipificadas como propias de la actividad reglamentaria. Se hace preciso salvar esta laguna por vía de reducción residual de su ámbito, única forma de precisar su alcance y límites en el sentido de que la función reglamentaria debe quedar circunscrita a la esfera de actividad estatal no cubierta estrictamente por la Ley y, en último término, por la Constitución. Para ello debe hacerse referencia a una serie de conceptos dogmáticos capitales a efectos metodológicos: principio de legalidad, reserva de ley; principios constitucionales de vinculación general, cuya utilización es imprescindible para el análisis de nuestra reciente Constitución y de modo especial para la materia que nos ocupa.

A) *El principio de legalidad y su consagración constitucional.*

La proclamación constitucional del principio de legalidad se contiene explícitamente del artículo 9.2, al declararse que «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Entre los «poderes públicos» —expresión amplia y difusamente empleada por el texto constitucional y que, sin duda, exigirá un estu-

(11) La Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa III.3 justificaba la restricción corporativa de la legitimación como una simple medida de «prudencia».

dio sistemático y dogmático de su caracterización— debe incluirse inexorablemente a la Administración, institucionalmente configurada en los artículos 97 a 107. Como derivación de la cláusula general de sumisión de todos los poderes al derecho, el propio artículo 9, en su apartado 3, prescribe que la propia Constitución garantiza con carácter absolutamente general la vigencia del «principio de legalidad» (12).

Estas importantes declaraciones generales serían suficientes por sí mismas para asegurar la vigencia del principio de legalidad, no sólo con carácter informativo de un ordenamiento, sino más específicamente con vigencia vinculante en el orden normativo. La Constitución, no obstante, ha querido reforzar y subrayar la sumisión de la Administración a la legalidad en todas las manifestaciones de su actividad: en el ejercicio de la potestad reglamentaria —art. 97, «... de acuerdo con la Constitución y las leyes»— y con ocasión de su actuación por vía singular —el art. 103.1, «... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

B) *Primacía absoluta de la ley.*

Para verificar el alcance del principio de legalidad se hace preciso examinar la composición y la jerarquía del complejo normativo a que se extiende la idea de legalidad. La Constitución no contiene una enumeración o lista de materias atribuidas o reservadas a la Ley; si bien son múltiples los preceptos que aluden a reservas concretas a la Ley. Únicamente se precisan una serie de materias atribuidas, exclusivamente, a las Leyes orgánicas (art. 81.1). El texto constitucional tampoco da pie a la clásica distinción entre Ley en sentido formal y material, aunque no se excluye una contemplación de la Ley en sentido formal por referencia: a las propias Leyes orgánicas; «disposiciones legislativas provisionales» en relación con los decretos-leyes (art. 86.1); «disposiciones normativas con fuerza de Ley» —161.1, a)— y «normas con rango de Ley» (art. 82.1), o «normas legislativas» (art. 150.1) para referirse a los fenómenos de la legislación delegada.

A la vista de estos fragmentarios preceptos constitucionales, se hace preciso la configuración del significado y esencia del principio de la primacía de la Ley, deduciéndola de la propia estructura o esquema constitucional. Dos principios cardinales articulan esta estructura: el reconocimiento de la titularidad del poder político en el pueblo (ar-

(12) Vid. Martín Bassols Coma: *Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución*, en el número 87 de esta REVISTA, 1978, pp. 133-159.

título 1.2, «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado»), y la articulación de la organización del ejercicio del poder político conforme al modelo del régimen parlamentario (art. 1.3, «la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria»). La Constitución, efectivamente, no se pronuncia explícitamente sobre el clásico principio de la división de poderes —la única alusión al concepto de Poder se utiliza para hacer referencia en el título VI al Poder judicial (arts. 117 a 127), al institucionalizar el Ejecutivo (Gobierno y Administración en el título IV), se hace con una descripción objetiva: función ejecutiva (art. 97), y al regular el Legislativo (título III de las Cortes Generales), se emplea la expresión técnico-jurídica «potestad legislativa del Estado» (art. 66.2)—, pero, indudablemente, se postula su existencia y funcionamiento por la propia dinámica del modelo de régimen parlamentario (monarquía parlamentaria). La esencia del régimen parlamentario descansa en la supremacía constitucional del Legislativo—supremacía que no queda disminuida o condicionada por la existencia de un control constitucional de las leyes— en cuanto el Parlamento es el depositario orgánico de la soberanía y que la propia Constitución subraya en el artículo 66.1, al determinar que «las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado». De ello se deriva, en consecuencia, la primacía absoluta e irresistible de la Ley—en cuanto acto jurídico producido o creado por el Parlamento— que se impone a cualquier otra manifestación normativa del Ejecutivo, sin que pueda éste, en ausencia de delegación legislativa, alterar o modificar el contenido de una ley. La primacía de la Ley parlamentaria es categórica, sin necesidad de apelar al concepto tradicional de reserva legal por razón de las materias—libertad y propiedad— frente a las manifestaciones normativas del Ejecutivo. Las relaciones en el orden normativo entre el Parlamento (Cortes Generales) y Ejecutivo pueden estructurarse del siguiente modo:

- La Ley parlamentaria tiene una supremacía absoluta, si bien existen una serie de materias, enumeradas en el artículo 81, que exigen su adopción a través del instituto de las Leyes orgánicas, a modo de una superlegalidad ordinaria.
- El Ejecutivo, salvo delegación legislativa y con los límites materiales (ámbito de las Leyes orgánicas) y presupuestos o condiciones impuestas por los artículos 82.3 y 4, y 84, no puede

dictar normas con rango de Ley y, en consecuencia, modificar o alterar las leyes.

- La única excepción a la necesaria delegación legislativa lo constituyen los decretos-leyes que el Gobierno puede dictar con carácter provisional y con los condicionamientos previstos en el artículo 86, debiendo, además, ser convalidados por el propio Legislativo en el plazo de treinta días. De esta forma se instaura un equilibrio entre las situaciones de urgencia y necesidad, con la primacía de la Ley Parlamentaria que carece de antecedentes en nuestro ordenamiento constitucional.

C) Reservas legales derivadas del reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales

La reserva de ley en su formulación tradicional afectaba a la necesaria regulación por ley formal de materias o cuestiones relacionadas con la propiedad y la libertad. Del esquema de las relaciones Parlamento-Ejecutivo y de la primacía de la Ley parlamentaria, se deduce, en cierto modo, la inutilidad de seguir hablando de reserva de Ley en este sentido. No obstante, la Constitución contiene multitud de cláusulas concretas de reservas legales. Ahora bien, el sentido de estas reservas legales no es tanto expresar, por vía singular, la necesaria intervención del Legislativo y, en consecuencia, la exclusión del Ejecutivo, cuanto la necesidad de afirmar y proclamar la subordinación o vinculación de la soberanía del Parlamento por la existencia y reconocimiento de estos derechos fundamentales y libertades públicas.

Prototipo de estas reservas lo constituye el artículo 53, 1, para los derechos y libertades, reconocidos en el capítulo segundo (arts. 14 a 38) del título primero de la Constitución. El ámbito de esta reserva es extraordinariamente amplio y riguroso en cuanto se extiende a los siguientes aspectos:

- Su vinculación se extiende a todos los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).
- El ejercicio de estos derechos y libertades sólo podrá regularse por ley (en forma, además, de Ley orgánica, según el art. 81.1).
- La Ley reguladora del derecho deberá, además, respetar su «contenido esencial» —la influencia de la Ley Fundamental de Bonn es manifiesta en este punto—, concepto que exigirá una

interpretación muy depurada por parte del Tribunal Constitucional.

- Para algunos derechos en particular, la reserva legal se extiende incluso a la prohibición de la utilización de medidas típicamente administrativas para la regulación de su ejercicio, impidiéndose con ello toda interpretación del ejercicio de los derechos subordinado a la previa intervención administrativa. En este sentido, pueden citarse los siguientes ejemplos ilustrativos: artículo 20 (eliminación de la censura previa, secuestro de publicaciones exclusivamente por sentencia judicial); artículo 21 (eliminación de la autorización previa para el derecho de reunión); artículo 22 (carácter no constitutivo de los registros administrativos para las asociaciones); artículo 25.3 (prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad).
- La tutela de estas libertades —si bien sólo las comprendidas en el artículo 14 y sección I (arts. 15 a 29)— se reserva a los Tribunales ordinarios (por procedimiento sumario) y a la jurisdicción constitucional (recurso de amparo).

D) *La reserva de Ley en materia de principios rectores de la política social y económica.*

Dentro del título I de la Constitución («De los derechos y deberes fundamentales») se contiene un capítulo III bajo la rúbrica de «Principios rectores de Política Social y Económica» (arts. 39-52, en el que se tipifican una serie de directrices o módulos de actuación que afectan fundamentalmente al marco del desenvolvimiento o procura existencial de los ciudadanos (familia, empleo, seguridad social, salud, deporte, vivienda...). La problemática en torno a estos principios es doble: en cuanto a su posible configuración como derechos sociales (13) exigibles por vía judicial, problema que resuelve el artículo 53.3, remitiendo tales pretensiones a lo que dispongan las leyes de desarrollo, y en lo que afecta a la relación Ley-Reglamento / al ámbito de la reserva de Ley para su regulación positiva. Esta

(13) En el *Anteproyecto de Constitución* («Boletín Oficial de las Cortes» número 44, del 5 de enero de 1978) el capítulo III del título I tenía la siguiente rúbrica: «Principios rectores y derechos económicos y sociales», si bien el artículo 45 actual artículo 53) especificaba que «no podrán ser alegados, directamente, como derechos subjetivos ante los Tribunales».

segunda faceta es la única a la que vamos a prestar atención a los efectos del presente estudio.

La nota más sobresaliente en la configuración de estos Principios Rectores reside en que sus destinatarios inmediatos a los que vinculan son los Poderes Públicos, expresión indeterminada, pero que, sin lugar a dudas, afecta al Legislativo, Ejecutivo y al Judicial, como lo evidencia el hecho de que el artículo 53.3 disponga que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». No existe, por tanto, en estas materias un régimen de reserva legal reforzada o constitucional, como ocurre para los derechos y libertades del capítulo II de dicho título (párrafo 1 del art. 53), sino que nos encontramos ante supuestos de reservas relativas o flexibles de Ley como parece indicarlo la propia terminología del artículo 53.3 al aludir a la «legislación positiva», expresión extensiva a todo el bloque de la legalidad, tanto de origen parlamentario como administrativo, que disciplina el campo material de estos Principios. El desarrollo de estos Principios que aluden a la efectiva prestación de servicios públicos y utilidades sociales de carácter positivo para los ciudadanos —como expresión de la materialización y encarnación del Estado Social de Derecho— demandará una actuación eficaz y directa de la Administración pública, sin cuyo protagonismo sería impensable la efectividad de aquéllos. Los Principios Rectores del capítulo III emplazan a la Administración a desarrollar una amplia actividad en la estructuración de organizaciones administrativas capaces de satisfacer estas prestaciones y servicios públicos y, como consecuencia inmediata, la génesis de una pluralidad de relaciones especiales de dependencia para los administrados cuya disciplina corresponderá genuinamente a la propia Administración.

Este protagonismo que se atribuye a la Administración pública en la materialización de los principios rectores no equivale en absoluto a postular la existencia, en el marco de la Constitución, de un ámbito de materias normativas reservadas o exclusivas del Poder ejecutivo. El principio de legalidad, como hemos tenido ocasión de demostrar, tiene una vigencia absoluta en nuestra Constitución; si bien habrá que interpretar que en estas materias las específicas reservas de ley actuarán de forma más atenuada, favoreciendo un campo de actuación mucho más flexible y posibilista a la potestad

reglamentaria de la Administración (art. 97) y a las remisiones normativas que en favor de la Administración se articulen en las Leyes estatales, Leyes parlamentarias o en virtud de delegación legislativa) o en las Leyes regionales (muchas de las materias a que se contraen los principios rectores están mediatizadas por la competencia de las Comunidades autónomas). La reserva de Ley en la materia que estamos estudiando es, por tanto, relativa o flexible y sólo parece exigirse en forma absoluta en orden a su alegación en vía jurisdiccional (art. 53.3) y a la imposición de sanciones (arts. 45.3 y 46) y el reconocimiento de determinadas situaciones (arts. 43.2 y 52).

La flexibilidad de la reserva de Ley en las materias relativas a los Principios Rectores no pueden implicar en el ámbito normativo atribuido a la Administración un desconocimiento de los principios institucionales del título preliminar (de vinculación general) ni de las protecciones conexas del ámbito de la reserva absoluta de Ley. En relación a este último extremo cabe advertir posibles antinomias en orden al derecho de propiedad y a la libre iniciativa económica. El derecho de propiedad en su consideración abstracta (art. 33) participa de la reserva legal reforzada del artículo 53.1, pero un examen atento del texto constitucional revela que la Constitución admite diversas formas o tipos de propiedad que no están comprendidas en el ámbito de protección del referido precepto y que constituyen puntos de referencia de una intensa intervención administrativa: la propiedad histórico-cultural y artística (art. 46), las limitaciones a la propiedad por razón del medio ambiente y calidad de la vida (artículo 45), la propiedad del suelo urbano (art. 47). Análogas consideraciones cabe formular en relación al derecho a la iniciativa económica o libertad de empresa (art. 38), pues si bien está condicionada a las exigencias de la economía general y a la planificación, en otros preceptos constitucionales se establecen limitaciones difícilmente compatibles con una pretensión de su respeto esencial: asunción por el sector público de recursos o servicios especiales y, de modo especial, cuando constituyan monopolio (art. 128), exigencias de la propia planificación en los términos previstos (art. 131).

E) *Organización administrativa y reserva de Ley: sentido y alcance.*

La materia de la organización administrativa o de la potestad organizativa de la Administración pública ha jugado históricamente

un papel capital en el planteamiento de las relaciones entre Ley y Reglamento, suscitando prolongadas polémicas doctrinales en torno al concepto formal y material de Ley y, en sus vertientes más radicales, negando toda posibilidad de catalogación jurídica de las cuestiones organizatorias (14). Desde el punto de vista constitucional, las cuestiones referentes a la organización de la Administración pública han sido consideradas durante mucho tiempo como un ámbito auto-reservado al ejecutivo del que podía disponer libremente —a excepción de limitaciones singulares impuestas por leyes ordinarias (15)— en torno a su configuración estructural y derivativamente la regulación normativa de este aparato orgánico en todas sus facetas aparecía como un poder propio de la Administración que no precisaba de apoderamiento legal y que constituía el campo genuino de la potestad reglamentaria (16).

Esta visión tradicional del tema ha sufrido radicales transformaciones debido, entre otros, a los siguientes factores: la reflexión teórica sobre el fenómeno organizatorio ha descubierto la relevancia de este elemento para la configuración del sistema jurídico y su funcionamiento, descartando definitivamente las dudas sobre su jurisdicción (aportaciones básicas de las tesis ordinalista e institucionalista); asimismo se ha evidenciado que la organización no es un factor inocuo para la actividad administrativa en el sentido de que no es sólo su presupuesto y soporte constante, sino que predetermina su intrínseco contenido (17) y ello es especialmente determinante para una Administración como la contemporánea de carácter fundamentalmente pres-

(14) Vid. D. JESCH: *Ley y Administración*. IAE, Madrid, 1978, pp. 13 a 38. Un interesante estudio sobre la materia con abundantes referencias a la revisión experimentada por la doctrina alemana en materia de organización Mario NIGRO: *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica Amministrazione*. Milán, 1966, páginas 13-40.

(15) En nuestro derecho anterior a la Constitución cabe apreciar a partir de 1957 una vigencia estricta del principio de legalidad en materia organizativa: artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículo 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, artículo 6 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y artículo 6 de la Ley General Presupuestaria de 1977. Sin embargo, esta rigidez se ha reducido extraordinariamente a partir del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, cuyo artículo 26 deslegaliza prácticamente toda la materia organizativa tanto de la Administración del Estado como de la Institucional.

(16) Vid. fundamentalmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, p. 138.

(17) G. BERTI: *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*. Padova, 1968, afirma que la organización es el elemento mediador entre la norma y la relación jurídica, concluyendo que «la organización es el profundo contenido jurídico de la actividad», p. 250.

tacional y de importantes cometidos en la gestión económica. En el terreno de los hechos el impresionante crecimiento del aparato administrativo y su transfiguración en una constelación de entes de las más diversas categorías y sometidos a regímenes jurídicos públicos y privados (18), ha coadyuvado a tomar conciencia de que el fenómeno organizativo no puede ser una mera cuestión doméstica del ejecutivo y que se hace necesaria una intervención del Parlamento, articulando, como señala gráficamente Nigro (19), un condominio entre el Legislativo y el Ejecutivo en materia organizativa. De todo ello se deriva que la organización administrativa haya adquirido una relevancia constitucional y haya sido objeto en algunas Constituciones de atención, máxime cuando se trata de la configuración de un Estado de Derecho en el que como posición de principio no pueden existir espacios vacíos en materia de legalidad. La cuestión más difícil radica, obviamente, en el adecuado equilibrio de este «condominio» entre el Parlamento y el Ejecutivo respecto a la organización administrativa y que en términos normativos se traduce en el ámbito reservado a la Ley y al Reglamento en esta materia. La cuestión planteada es, obviamente, difícil por cuanto existe un evidente divorcio entre las exigencias derivadas de los postulados del Estado de Derecho y la dinámica de la propia organización administrativa; la flexibilidad que el aparato administrativo demanda en su incesante expansión y estructuración es el indicador más relevante de la justificación de su control y limitación.

La Constitución de 1978 dedica el título IV a la regulación del Gobierno y de la Administración (arts. 97-107). Con las excepciones que a continuación exponremos, se aprecia una total ausencia de preocupación por el tema de la organización administrativa del Estado, desplazando toda la atención a su estructuración territorial (título VIII). Evidentemente, no puede decirse que ambos aspectos estén desconexionados, puesto que su articulación territorial en favor de las Comunidades autónomas presupone un nuevo modelo de Estado y, en definitiva de Administración, superadora de las limitaciones y defectos de una Administración meramente burocrática y no representativa. Lo único que queremos llamar la atención es que en este título se

(18) El fenómeno es significativo no sólo desde el punto de vista estructural, sino en cuanto a través de la mediación organizativa se instauran relaciones específicas de poder o sumisión que pretenden escapar del principio de legalidad.

(19) M. Nigro, *ob. cit.*, p. 198.

alude en general a la Administración pública (art. 103.1) y a la Administración del Estado (art. 103.2), sin que exista ninguna alusión a la Administración institucional (las conocidas en nuestro Derecho positivo como Entidades Estatales Autónomas) ni a la configuración del sector público económico (las únicas referencias al mismo se contienen incidentalmente en los artículos 129 —en orden a posibles reservas de recursos y servicios—, 136 —a efectos de su control y fiscalización por el Tribunal de Cuentas— y 134.2 en materia de presupuestos). Estas lagunas pueden tener importantes repercusiones en orden al principio de legalidad en materia organizativa en cuanto a cargo de los entes públicos y empresas estatales —al menos que se opere una total transferencia de funciones a cargo de las Comunidades autónomas— la satisfacción de las prestaciones económico-sociales. Una total deslegalización en favor de la propia Administración en orden a la potestad organizativa de estos importantes sectores sería, como posición de principio, impensable.

El análisis concreto del título IV revela inicialmente un adecuado deslinde a nivel constitucional del estatuto orgánico del Gobierno y de la Administración pública, lo cual no quiere decir que queden clarificados totalmente los clásicos problemas en torno a estas dos instituciones desde la temática del Derecho administrativo (20). El Gobierno, como órgano constitucional de excepcional relevancia, aparece diferenciado de la Administración pública, a la cual, según el artículo 97, «dirige» y, en consecuencia, se sirve de la misma en cuanto aparato organizativo para la consecución de sus fines institucionales. Al ser el Gobierno un órgano político y, por exigencias del

(20) No hay duda que en el campo de la ciencia jurídica el centro de la emergencia y toma de conciencia del concepto del Gobierno ha sido en el campo del Derecho Administrativo, considerándose el órgano supremo o superior de la Administración e intentando reducir su función a simple actividad administrativa (si bien acotando un ámbito exento de fiscalización jurisdiccional que recibe el nombre de actos políticos o de gobierno). De ahí la dificultad permanente en el campo de preocupaciones del Derecho Administrativo de distinguir entre actos políticos y administrativos. En la actualidad esta perspectiva está cambiando en cuanto el Gobierno adquiere una relevancia política con independencia de la dirección que ejerce sobre la Administración, por cuanto su poder real deriva de los partidos políticos, lo que le permite asumir el protagonismo del proceso político. Vid. sobre la transformación del concepto de Gobierno y su relevancia como órgano constitucional, C. ROEHRSEN: *Governo, legge, politica*. Milán, 1969, pp. 191 y siguientes.

Sobre los problemas de la configuración del Gobierno desde la perspectiva del Derecho Administrativo en el Derecho español, vid. M. BAENA DEL ALCÁZAR: *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Madrid, 1978.

régimen parlamentario, una emanación del partido mayoritario en las Cámaras, precisa de un estatuto jurídico propio que se contiene en los artículos 98 a 102. El artículo 98.1 puntualiza que «el Gobierno se compone del presidente, de los vicepresidentes en su caso, de los ministros y de los demás miembros que establezca la Ley». Queda, por tanto, dentro del ámbito de la reserva de la Ley la determinación del estatuto subjetivo de los componentes del Gobierno en cuanto órgano constitucional responsable ante el Parlamento, lo cual no prejuzga, a nuestro entender, que el número de unidades departamentales y su régimen de competencias tenga que ser estrictamente prefijado por Ley, al menos por imperativo del artículo 98.1, que, como decimos, contempla exclusivamente la condición subjetiva de sus miembros.

La Administración pública como aparato organizativo queda configurada como instancia neutral al margen de los partidos políticos, si bien bajo la dirección del Gobierno (21) por cuanto el artículo 103 le asigna como cometido institucional el de servir «con objetividad los intereses generales». Dos previsiones contiene la Constitución respecto a la organización administrativa de indudable interés. Como módulo organizativo, el artículo 103.1 señala como pautas su configuración bajo los principios de «eficacia, jerarquía, descentralización (22), desconcentración y coordinación». Y en cuanto a su régimen, el mismo artículo 103, en su párrafo 2, dispone que «los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley».

El precepto anteriormente transcrito plantea un semillero de problemas en cuanto al alcance absoluto o relativo de esta reserva de Ley —calificada significativamente «de acuerdo con la Ley»—; ámbito de la potestad organizativa de la propia Administración y, en consecuencia, de los Reglamentos de organización y tipos de Administración afectados. Una primera aproximación al tema revela que para

(21) Para que la Administración pueda cumplir el mandato constitucional de servir con objetividad los intereses generales se impone una nítida división entre las esferas propiamente políticas de las estrictamente profesionales, tanto a nivel orgánico como funcional. Para GARRIDO FALLA, *Constitución y Administración*, ob. cit., «debe conseguirse simultáneamente un sistema de neutralidad política de la Administración y asimismo de neutralidad administrativa del Gobierno» (p. 8).

(22) La idea de descentralización entendida como transferencia de funciones a entidades distintas al Estado no se agota con la estructuración de Comunidades Autónomas por la propia Constitución, sino que apunta a la necesidad de que el Estado transfiera las de su propia titularidad en la forma prevista en el artículo 150, 2.

la Constitución el tema de la organización administrativa no es una materia que se haya configurado como reservada exclusivamente al Poder ejecutivo, sino que se ha querido dar una participación al Parlamento mediante esta cláusula «de acuerdo con la Ley», además de los tradicionales medios de incidir sobre la estructura administrativa a través del control de la política del Gobierno y el instrumento presupuestario. La cuestión básica reside en conocer si nos hallamos en presencia de una reserva absoluta o relativa de la Ley en materia organizativa, ya que no parece, en principio, poder presumir que la intención de la Constitución sea prefigurar un orden absolutamente rígido de una determinación exhaustiva por Ley de la creación y regulación de todos los órganos de la Administración. La doctrina italiana (23), a la vista de los artículos 95-97 de su Constitución que presentan una clara analogía con nuestro artículo 103, ha profundizado sobre el significado de la actividad organizatoria en función de la problemática de la reserva de Ley, y sus conclusiones pueden ser de utilidad para la interpretación dogmática del precepto que estudiamos. En este sentido se ha destacado cómo la norma jurídica organizatoria no es una cuestión meramente instrumental, sino una opción sustancial que incide en la actividad administrativa interna y externamente y en cuanto tal no puede ser indiferente al principio de legalidad. Ahora bien, la normativa organizatoria es susceptible de una disección en diversas instancias, lo que permite graduar su alcance en orden a una reserva de ley más o menos intensa: la fase de creación o *potestas instituendi* con la secuela de actos de institución, modificación, supresión de órganos o entes; la atribución de un régimen organizativo (público o privado); la configuración de un estatuto de funcionamiento; la dotación de medios materiales y personales, etc. Es obvio, por tanto, que a la vista de nuestro artículo 103.2, la reserva de Ley puede interpretarse en sentido gradual y en función del nivel orgánico del tipo de organización y a tal efecto estimar que aquellos aspectos que afectan a la *potestas instituendi* entran de lleno en la reserva absoluta de Ley —si bien cabe admitir en determinados niveles una deslegalización de materias a efectos operativos (por ejemplo, los escalones inferiores de los Departamentos ministeriales)—, mientras que el estatuto o régimen de su funciona-

(23) M. NIGRO: *Ob. cit.*, pp. 129 y ss. R. COLTELLI: *Enti e statuti nel diritto pubblico*, Milán, 1969, y S. D'ALBERGO: *Sistema positivo degli enti pubblici nel ordinamento italiano*, Milán, 1969.

miento, en cuanto no afecte a los derechos y libertades de los ciudadanos, puede ser objeto de una regulación típicamente reglamentaria en el marco tradicional de los reglamentos organizativos.

El aspecto más preocupante, no obstante, del artículo 103.2 radica en la interpretación restrictiva y textual de su ámbito subjetivo en cuanto se refiere exclusivamente a la «Administración del Estado». Si por Administración del Estado se entiende sólo la llamada Administración directa del Estado —central y periférica— la Constitución significaría una regresión en materia organizativa por cuanto hoy día el gran peso del aparato organizativo del Estado se desplaza hacia la llamada Administración indirecta o separada, integrada por multitud de organismos autónomos y empresas públicas. La intervención del Parlamento a través de la Ley no puede ser indiferente a este sector de la organización administrativa, del que depende en gran medida la realización del sistema de prestaciones y el funcionamiento de los servicios públicos. Y precisamente en estos ámbitos no es sólo relevante la *potestas instituendi*, sino decisivo el modelo del régimen organizativo (fórmulas de Derecho público o adopción de esquemas jurídico-privados). Por todo ello entendemos que el concepto de Administración del Estado del artículo 103.2 exige desde la concepción de un Estado social y democrático de Derecho la extensión a todas las fórmulas organizativas, directas e indirectas, del Estado.

Como conclusión de este análisis debe ponerse de relieve la ambigüedad de la Constitución en orden a la organización administrativa (24) y la escasa atención que ha merecido un aspecto tan decisivo para el Estado contemporáneo. Los reglamentos organizativos es obvio que seguirán subsistiendo, pero su ámbito potencial debe ser modulado y restringido a sus estrictos límites en función de una reserva de ley relativa, pero exigente en sus presupuestos y facetas esenciales y con clara subordinación a los módulos organizativos previstos expresamente en el párrafo 1 del artículo 103.

(24) La insatisfactoria regulación constitucional del tema de la organización administrativa se ha puesto de relieve inmediatamente a la entrada en vigor de la Constitución con ocasión del Real Decreto 708/1979, de 5 de abril, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración Central. El tema ha sido objeto de un debate parlamentario en el que se han vertido diversas interpretaciones sobre los artículos 98 y 103 de la Constitución. *Vid.* «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» (sesión 18 de abril de 1979), núm. 4, páginas 129-142.

3. *Carácter de las manifestaciones de la potestad reglamentaria: interpretación rígida y posibilidades de modulación.*

De la propia dinámica de las relaciones Parlamento-Ejecutivo, examinada en función de las modulaciones del principio de legalidad y de reserva de Ley, se desprende que la potestad reglamentaria del Gobierno viene configurada en el texto constitucional por las siguientes notas caracterizadoras:

- La Constitución (art. 97) confiere al Gobierno un apoderamiento general o global para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Dicho ejercicio no precisa fundarse en una habilitación expresa o implícita de cada ley en singular, sino que descansa en la propia atribución constitucional. Este principio general en su desarrollo encuentra, no obstante, límites en función del marco de competencia del propio Gobierno y de la propia naturaleza intrínseca de la función ejecutiva o administrativa.

En relación al primer extremo, es obvio que su ejercicio no podrá desplegarse en materias o ámbitos de competencia que la Constitución sustrae al Gobierno: funcionamiento interno de los órganos constitucionales (Cortes y Tribunal Constitucional) y atribuciones de competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y, eventualmente, a los entes locales en la forma que más adelante se examinará. Al mismo tiempo, como hemos ya puntualizado, la potestad reglamentaria está estrechamente vinculada con la función ejecutiva (25) del Gobierno, con lo cual deben quedar sustraídas de aquélla el ámbito de las relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico confiere exclusivamente su disciplina a los propios particulares (derecho privado en general (26)).

(25) Para ENZO CHELI, *Potere regolamentaire e struttura costituzionale*, 1987, la naturaleza normativa del Reglamento está íntimamente vinculada a su estructura administrativa.

(26) Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA «La Administración carece en absoluto de poder reglamentario propio y general (previo, pues, a la Ley remitente) para completar por de pronto todas las leyes no administrativas o de Derecho privado», en *Legislación delegada y control judicial*, Madrid, 1970, p. 158.

Un supuesto singular en la materia lo constituyen las Reglamentaciones y Ordenanzas en el campo del Derecho laboral. Sobre este tema, con posterioridad a la Constitución, Manuel ALONSO OLEA: *Las fuentes del Derecho del trabajo en la Constitución*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, p. 17, y más extensamente en *El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 63-87.

- El poder reglamentario conferido al Gobierno no es libre en su ejercicio, sino absolutamente condicionado; su ejercicio sólo se legitima *intra leges* (de «acuerdo con la Constitución y las leyes», según el artículo 97). Queda, por tanto, excluida una potestad reglamentaria gubernativa de tipo autónomo o independiente en el sentido de que existan —como figuraba en el anteproyecto constitucional (27)— materias o bloques de materias reservadas y sobre las cuales la Ley parlamentaria no pueda regular o disponer.
- La conclusión lógica que postula este marco constitucional, no es obra que el Reglamento, sólo puede configurarse *secundum leges* e *intra leges*, es decir, conforme al modelo y prototipo tradicional del Reglamento ejecutivo considerado como bloque normativo que desarrolla e interpreta los principios institucionales de la Ley y complementa los aspectos orgánicos necesarios para su eficacia en el orden administrativo. Conforme a la concepción clásica, expuesta por G. JELLINECK (28), el Reglamento ejecutivo aplica «Derecho ya vigente», por cuanto «hace uso de los nuevos deberes jurídicos de los súbditos, determinados ya por ley»; o, según la plástica imagen de MORTATI (29), se asimila a «*frammenti di un mosaico dal disegno già ultimato*».
- La anterior conclusión, obtenida por vía de deducción lógica, pone de relieve la estructuración de un modelo de potestad reglamentaria extraordinariamente rígido a la vista de las exigencias de una Administración a la que la propia Constitución confiere importantes cometidos en materia económica y social. Si a ello unimos la posibilidad de que en nuestro sistema jurídico se reproduzca la crisis que a nivel general experimentan las producciones normativas de los Parlamentos en cuanto a la pérdida de la capacidad estructuradora de la Ley en sentido

(27) Artículo 72 (enumeración de las materias reservadas a la Ley) y artículo 79 (materias reservadas al reglamento) del anteproyecto de Constitución. Vid. «Boletín Oficial de las Cortes» núm. 44, 5 de enero de 1978. Sobre la inexistencia de una reserva reglamentaria, J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en esta REVISTA, núm. 87, septiembrediciembre 1978. Con ocasión del anteproyecto, F. GARRIDO FALLA: «Las fuentes del Derecho y la reserva reglamentaria», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

(28) DIETRICH JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*. IEA, Madrid, p. 188.

(29) C. MORTATI: *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalita*. Milán, Giuffré, 1964. p. 49.

clásico (30), podríamos fácilmente deducir que el esquema constitucional no es realista y responde a una visión superada de la función que debe cumplir el ejecutivo en una sociedad compleja como la actual. Entendemos, no obstante, que una afirmación de este orden puede resultar precipitada en cuanto una exploración más atenta del modelo constitucional puede facilitar la admisión de reglamentos *praeter legem*, aunque siempre *intra leges*. En concreto, cabe admitir la posibilidad de los llamados reglamentos independientes—no en el sentido de materias reservadas al Reglamento que excluyan la intervención de la Ley, inicial o sucesivamente, o que puedan derogar leyes anteriores—en aquellas materias en que exista una reserva impropia de Ley (31), en el sentido de que exista en principio una preferencia inicial de Ley, pero hasta que ésta se actualice, el Gobierno puede hacer uso de su potestad reglamentaria para regular un sector de actividad, regulación que caducará y no podrá reproducirse desde el momento en que se interponga la Ley. Para la legitimidad de este tipo de reglamentos se exige que la Constitución no haya sometido determinadas materias a una reserva absoluta o relativa de Ley; se trata de una situación temporal y transitoria, lo cual no excluye una duración temporal relativamente importante en función de la duración del proceso de desarrollo constitucional por vía legislativa. En el marco de nuestra Constitución, este tipo de reglamentos sólo puede darse inicialmente en materias comprendidas en el capítulo III del título I («De los principios rectores de la política social y económica») y ello en tanto que las materias comprendidas en los artículos 39 a 52 no haya sido asumida por las Comunidades autónomas. La justificación de este tipo de reglamentos radica en una circunstancia temporal, en el sentido de no impedir una actuación administrativa en tanto en cuanto no se dicte la ley correspondiente. Por otra parte, su legitimidad no ofrece excesivos reparos en cuanto la propia Constitución establece criterios valorativos y principios orientativos respecto

(30) *Vid.* recientes consideraciones sobre este tema, Jean Pierre HENRY: *Vers la fin de l'Etat de Droit?*, en «Revue du Droit Public», 1977, pp. 1208-1235, y A. HOLLEAUX: *La fin des règles générales*. Bulletin IIAP, «Revue D'Administration Publique» núm. 39, julio-septiembre 1976, pp. 7-41.

(31) *Vid.* sobre este punto las consideraciones de C. MORTATI: *Atti con forza*, *ob. cit.*, p. 49.

a su fundamento institucional, permitiendo de este modo un control judicial respecto a su adecuación.

- Con la configuración de una potestad reglamentaria *intra leges* y eventualmente *praeter legem* no se agota totalmente su problemática, al menos desde un aspecto dinámico, ya que la interposición de las leyes puede alterar o modular las relaciones abstractas Ley-Reglamento previstas en la Constitución. ¿En qué medida las leyes concretas pueden modular legítimamente este esquema? Frontalmente, hay que entender definitivamente clausurado el fenómeno, ampliamente difundido en el Derecho precedente, de la deslegalización de materias (32) en el sentido de abrir para el futuro la posibilidad de regulación por normas reglamentarias de ámbitos competenciales con reserva absoluta o relativa de ley, y ello por implicar y comportar una alteración del esquema constitucional en las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo y, por tanto, contrario a la Constitución. Las interdicciones de la deslegalización no sólo deben entenderse referidas al futuro, sino singularmente para todas aquellas que se legitiman en el Derecho anterior a la Constitución, extremo de gran trascendencia y que, sin duda, suscitará importantes problemas interpretativos en el seno del Tribunal Constitucional ante la falta de clarificación en torno a la legislación anterior al texto constitucional (33).

Mayor complejidad presenta la admisibilidad de las posibles alteraciones del estricto esquema constitucional derivadas de leyes que amplíen el ámbito de la potestad reglamentaria. Nos referimos en concreto a la compleja y atormentada figura de los llamados Reglamentos autorizados, delegados o libres —denominaciones que traducen la propia perplejidad de la doctrina (34)— y que para la doctrina

(32) Sobre las características de esta figura, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada y control judicial*. Madrid, 1970, pp. 168-173.

(33) En un excelente estudio sobre la trayectoria de la jurisdicción constitucional en Italia, F. MODUGNO: *La giurisdizione costituzionale*, en «Giurisprudenza Costituzionale», anno XII, 1979, pp. 1233 y ss., subraya las dificultades que ha supuesto el examen de la constitucionalidad de la legislación anterior en la labor del tribunal.

(34) C. MORTATI: *Contenuto e forma nella qualificazione e nel trattamento degli atti normativi. A proposito del regolamento «Liberi» posteriori ed anteriori alla costituzione*, en «Riv. Trim. di Diritto Pubblico», 1970, pp. 3 y ss., y L. CARLASSARE: *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*. Padova, Cedam (1968), pp. 249-262.

española ha caracterizado de forma clarificadora y superadora de sus limitaciones tradicionales GARCÍA DE ENTERRÍA al tipificar la categoría de las remisiones normativas (globales o singulares) al ámbito y ejercicio de la potestad reglamentaria (35). Desde una perspectiva abstracta habría que negar total y absolutamente su justificación en aquellas materias en que existe una reserva absoluta de Ley—pues alteraría la esencia de la garantía constitucional— y que además su regulación exige Ley orgánica; categoría impositiva de delegación legislativa (82.1) y de la promulgación de decretos-leyes (art. 86). No parece, como posición de principio, que en materias excluidas de la delegación recepticia, pueda admitirse una remisión normativa o un reglamento delegado.

Análogas consideraciones podrían formularse en relación con las materias de reserva relativa de Ley, por cuanto es obvio que el esquema constitucional pretende agotar la producción de normas innovativas y primarias con la ley ordinaria, el Decreto-ley y la delegación legislativa (decretos-legislativos), máxime cuando para la delegación legislativa el artículo 82 delimita el plazo, la fijación de criterios y principios, repudiando su expresa concesión implícita o por tiempo indefinido (36). Sería, por tanto, una contradicción que por vía de remisión reglamentaria, sin fijación de criterios y principios y por plazo indefinido, la Ley entregara parcelas sustanciales de su contenido al reglamento, convirtiendo la remisión en una alternativa libremente utilizable respecto al cauce más riguroso de la delegación legislativa. Ahora bien, en la praxis normativa es difícilmente imaginable—por las razones anteriormente en orden a la funcionalidad de los Parlamentos y las exigencias de la sociedad contemporánea— que las remisiones normativas no adquieran una amplia carta de naturaleza en las materias de reserva relativa de Ley. En todo caso, si los imponderables de las circunstancias presentan su existencia como irreversible, la cuestión que cabe plantearse es la suficiencia de su control judicial (en cuanto normas estrictamente reglamentarias), debiéndose, en su caso, facilitar su acceso al Tribunal Constitu-

(35) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada y control judicial*. Madrid, 1970, pp. 149-156.

(36) En el artículo 30, b), del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional disecciona el control de la Delegación «en el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de la que corresponda a los tribunales ordinarios para controlar los eventuales excesos en el desarrollo de la delegación legislativa de que tomen causa».

cional —aunque carezcan de fuerza de ley— por cuanto a la vista del alcance de la remisión, el juicio de mera legalidad puede resultar a todas luces insuficiente (37).

4. *Las primeras tensiones en la interpretación constitucional de las relaciones Ley-Reglamento: ámbito de la potestad reglamentaria y de las remisiones normativas. Deslegalización de materias. Delegación legislativa a través de Decretos-leyes.*

El sistema de fuentes del Derecho instaurado por la Constitución de 27 de diciembre de 1978 entró en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (29 de diciembre de 1978), si bien su efectiva operatividad se vería en gran medida afectada por cuanto por Real Decreto 3073/1978, de 29 de diciembre (BOE de 1 de enero de 1979), se disuelven las Cámaras elegidas el 15 de junio de 1977 y se convocan elecciones para el día 1 de marzo de 1979. En aplicación de la propia Constitución entra en funcionamiento y se

(37) En la doctrina italiana, C. MORTATI —en los trabajos anteriormente citados— se muestra claramente partidario del control constitucional de los reglamentos delegados por cuanto considera que aun cuando no tengan fuerza formal de Ley, sí deben ser equiparados en su «valor» a las leyes en cuanto a su control constitucional. Como posición de principio la tesis de MORTATI parece plenamente razonable si se tiene en cuenta la amplitud y extensión que en algunos casos adquieren las remisiones normativas —especialmente en el caso del Derecho español anterior a la Constitución—, para cuyo control un juicio exclusivo de legalidad por parte de los tribunales es insuficiente, salvo que este concepto se extienda hasta los propios límites de la legitimidad constitucional propia de los tribunales constitucionales. La distinción entre control de legalidad y de legitimidad constitucional es en algunos puntos difícil de matizar. Vid. G. VOLPE: *L'Ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán (1977), y ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977.

En el proyecto de Ley del Tribunal Constitucional en materia de Recurso de Amparo Constitucional no se niega frontalmente la posibilidad de enjuiciar disposiciones reglamentarias por parte del Tribunal Constitucional, ya que el artículo 47 precisa que «las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades y funcionarios o provenientes de cualesquiera otros entes públicos o sus funcionarios o agentes podrá dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución». Debe advertirse, no obstante, que la disposición transitoria segunda del referido proyecto de Ley, a los efectos del artículo 53 de la Constitución, declara vigente, en tanto no se dicte la disposición correspondiente, la Ley 82/1978, de 26 de diciembre, «sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales» (sección segunda), siendo así que esta importantísima Ley limita su ámbito de vigencia, en una interpretación textual, a «los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo» (artículos 6 y ss.), sin especificar su extensión a los reglamentos o disposiciones de carácter general. Una interpretación progresiva de la misma debe postular su extensión no sólo a los actos concretos, sino a las disposiciones generales.

constituye la Diputación Permanente (art. 78). Durante este periodo singular y excepcional los preceptos constitucionales, especialmente los relativos a materias reservadas a la ley y, en concreto, el ámbito propio de la potestad reglamentaria, iban a experimentar una dura prueba en cuanto a su virtualidad configuradora, a la par que una primera interpretación en orden a su funcionalidad. Es preciso subrayar obviamente que esta primera interpretación constitucional se desarrolla en un periodo singular (primer trimestre de 1979) —disolución de las Cámaras y ausencia total de desarrollo del texto constitucional—, pero en todo caso es lo suficientemente relevante para detectar las primeras posturas en orden a temas capitales y a la creación de precedentes constitucionales. A continuación vamos a hacer referencia a unas cuantas cuestiones que consideramos del máximo interés.

A) Uno de los primeros problemas que se suscitaron fue el relativo al ordenamiento jurídico que debía regir el propio proceso electoral para elegir las nuevas Cámaras. Conforme a la Constitución (art. 81.1) el régimen electoral general debía revestir el rango y el carácter de una ley orgánica. Por razones anteriormente expuestas, la Ley Orgánica Electoral no estaba promulgada y en previsión de esta eventualidad la propia Constitución, en su disposición transitoria octava, facultaba que «en caso de disolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 y si no se hubiera desarrollado legalmente lo previsto en los artículos 68 y 69, serán de aplicación en las elecciones las normas vigentes con anterioridad, con las solas excepciones de que en lo referente a inelegibilidades e incompatibilidades se aplicara directamente lo previsto en el inciso segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 70 de la Constitución, así como lo dispuesto en la misma respecto a la edad para el voto y lo establecido en el artículo 69.3». Estas normas, «vigentes con anterioridad, no eran otras que el Real Decreto-ley 28/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales y sus disposiciones complementarias».

En su aplicación práctica, esta normativa anterior planteó dos series de problemas: el primero, el ámbito de actuación de la potestad reglamentaria en orden al proceso electoral propiamente dicho y, en especial, la posibilidad de innovar por vía reglamentaria aquel conjunto de normas electorales que tuvieran rango inferior a la ley, y, el segundo, si debían seguir aplicándose aquellas normas reglamentarias o incluso con rango de ley de carácter electoral, que por ser

anteriores eran contrarias o entraban en colisión con preceptos expresos de la Constitución (38). Ambas cuestiones eran típicamente de Derecho transitorio, si bien revestían una indudable trascendencia y de modo especial —a los efectos de la materia que estamos estudiando— la primera de ellas en cuanto planteaba la exacta cuestión de la potestad reglamentaria en el ámbito electoral que, por determinación constitucional, pertenecía al ámbito de la Ley orgánica, si bien ante un vacío legal la Constitución permitía la vigencia de una normativa especial de rango meramente ordinario. Ahora bien, era obvio que esta habilitación constitucional no contenía un cheque en blanco respecto al contenido de la misma y a sus disposiciones de desarrollo reglamentario, sino que su vigencia y legitimidad quedaban condicionadas al respeto a los límites materiales de las leyes orgánicas y a la Constitución.

En el conjunto de disposiciones reglamentarias en desarrollo del Decreto-ley 28/1977, de 18 de marzo, cabe apreciar distintos grados: unas, por la propia naturaleza de su regulación, están dotadas de una indudable generalidad que les permite una permanencia más allá de la celebración de un concreto proceso electoral, mientras que otras son por su propia contingencia inherentes a una singular operación electoral (organización del censo, medios materiales, modelos de urnas, cabinas, papeletas, servicios de correos...), y, finalmente, un tercer grupo que entrañan regulaciones reglamentarias por simple remisión normativa de la propia Ley Electoral. El Gobierno hizo una selección de esta normativa de desarrollo reglamentario y por

(38) El Real Decreto-ley de 18 de marzo de 1977 atribuye a las distintas Juntas electorales determinadas funciones de intervención durante el proceso electoral en materia de libertades públicas; el artículo 40, 2, y el artículo 6, 2, del Real Decreto 987/1977, de 3 de mayo, sobre control de la programación en el uso de los espacios en RTVE; artículo 41, 3, respecto al derecho de reunión y manifestación; artículo 42, sobre derecho de imprenta y difusión de impresos, y artículo 9 del Real Decreto 987/1977, de 3 de mayo, sobre la utilización de los espacios de las publicaciones periódicas de titularidad pública. Estas facultades eran evidentemente contrarias con lo preceptuado por la Constitución, artículos 20, 2 (eliminación de la censura previa); 5 (secuestro de publicaciones, grabados y otros medios de información sólo por resolución judicial), y artículo 21, sobre el derecho de reunión (no exigencia de autorización previa). La Junta Electoral Central no se pronunció sobre la inconstitucionalidad de estos preceptos, pero en virtud de las facultades reconocidas en el artículo 14, 2, del Decreto-ley de 18 de marzo de 1977, dictó instrucciones para que las Juntas Provinciales se limitaran, cuando tuvieran conocimiento de un hecho relacionado con los artículos citados que pudiera ser constitutivo de delito, a ponerlo inmediatamente en conocimiento del fiscal o del juez competente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Real Decreto 32/1979, de 5 de enero, convalidó una serie de normas electorales complementarias promulgadas con ocasión de las elecciones de 1977, dictando sucesivamente una serie de nuevas disposiciones de signo evidentemente circunstancial y meramente ejecutivas que no suscitaron reparo alguno respecto a su legalidad. Entre las disposiciones convalidadas expresamente figuraba el Real Decreto 967/1977, de 3 de mayo, en virtud del cual y por simple vía de remisión normativa se desarrollaba el artículo 40 del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, relativo a la constitución de un Comité de Radio y Televisión que bajo la dirección de la Junta Electoral Central «controlara la programación relacionada con las elecciones de televisión y emisoras de radio de titularidad pública durante la campaña electoral. Este Comité se compondrá de personas designadas por el Gobierno y de representantes de las asociaciones, federaciones y coaliciones que concurren a las elecciones en la forma y con los mínimos que se determinarán en el Decreto de creación de este Comité». El Real Decreto 967/1977, de 3 de mayo, en su día, haciendo uso de esta remisión contenida en la Ley Electoral, reguló aspectos tan decisivos para el proceso electoral como la legitimación mínima para participar en el Comité, duración de los espacios y forma de distribución de los mismos. Pese a su convalidación expresa en orden a su aplicación a las elecciones generales de 1979 (Real Decreto 32/1979, de 5 de enero), con posterioridad el Gobierno dictó el Real Decreto 157/1979, de 2 de febrero, con el expreso y significativo carácter y autocalificación de «Normas aclaratorias del Real Decreto 967/1977, de 3 de mayo». La naturaleza meramente aclaratoria de la disposición últimamente citada era puramente semántica y formal, puesto que su exacto contenido implicaba una modificación y a la vez derogación de la normativa aclarada, en cuanto variaba sustancialmente los requisitos de legitimación para participar en los espacios nacionales y regionales de TVE, reducción de la duración de los espacios nacionales y regionales, y en orden a la distribución de los mismos sustituía el criterio de la rigurosa «equidad» por el de la preferencia en función de la representación parlamentaria en las anteriores elecciones y del número de candidaturas presentadas. En definitiva, se venía a modificar por vía de una pretendida aclaración una norma objeto de remisión reglamentaria por parte del Real Decreto-ley sobre normas electorales que hubiera podido ser objeto de sucesivas modificaciones con anterioridad a la Constitución, pero que con posterioridad a la misma resultaba

problemático en virtud de la propia naturaleza de la materia regulada —la campaña electoral y los medios de expresión— que afectaban a cuestiones propias de una Ley orgánica.

El Real Decreto 157/1979, de 2 de febrero, fue objeto de impugnación ante la Junta Electoral Central por parte de diversos partidos políticos por considerar que era inconstitucional y entender que el Real Decreto 967/1977, de 3 de mayo —en virtud de la transitoria octava de la Constitución—, sólo podía ser modificado por una norma con rango de ley. Con independencia de la solución jurídica que se arbitró para resolver el conflicto suscitado (39), lo cierto es que el caso planteado pone sobre el tapete la cuestión de la validez de las remisiones normativas o reglamentarias en materias —como la electoral— propias de la Ley orgánica. Es obvio que con posterioridad a la Constitución, una remisión normativa tan amplia como la contenida en el artículo 40 del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sería totalmente inconstitucional, máxime cuando la propia Constitución prohíbe la delegación legislativa en materias propias de una Ley orgánica.

B) Un observatorio muy significativo para examinar las relaciones entre Ley y Reglamento en esta primera etapa de la aplicación de la Constitución lo constituye la serie de Decretos-leyes (40) dictados durante el período de disolución de las Cámaras y sometidos en aplicación del artículo 86 del texto constitucional a convalidación pri-

(39) La Junta Electoral Central, por acuerdo de 5 de febrero de 1979, se declaró incompetente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de dicho Real Decreto 157/1979, de 2 de febrero. Sin embargo, por entender que las normas interpretativas y aclaratorias, según la mejor tradición doctrinal, carecen de eficacia retroactiva respecto a aquellas situaciones jurídicas firmes, bien por sentencia judicial o acto administrativo (vid. J. Luis VILLAR PALASÍ: *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965, pp. 51 y ss.), la Junta Electoral Central entendió que todos los partidos tenían el derecho adquirido con arreglo al Decreto 967/1977, de 3 de mayo, a participar en los espacios gratuitos de RTVE de conformidad con los preceptos contenidos en el mismo. Esta decisión comportaba de hecho la no aplicación del Real Decreto 157/1979, de 2 de febrero.

(40) Estos fueron: Real Decreto-ley 1/1979, de 8 de enero, por el que se prorroga la actuación de la Junta Central de Acuartelamiento; Real Decreto-ley 2/1979, de 28 de enero, sobre medidas económico-financieras en relación con la Administración Local; Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana; Real Decreto-ley 4/1979, de 26 de enero, sobre asignación de proporcionalidad a diversos cuerpos sanitarios; Real Decreto-ley sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación; Real Decreto-ley 6/1979, de 26 de enero, sobre ampliación de plantillas de los profesores de Educación General Básica, catedráticos numerarios y agregados de Bachillerato, y Real Decreto-ley 7/1979, de 20 de febrero, por el que se regula la composición de la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona.

mero de la Diputación Permanente (41) y, con posterioridad, al Congreso de Diputados, una vez celebradas las elecciones legislativas. De los siete Decretos-leyes dictados durante el período de disolución todos fueron convalidados, a excepción del Real Decreto-ley 1/1979, de 8 de enero, por el que se prorroga la actuación de la Junta Central de Acuartelamiento (42), precisamente por considerar que por vía reglamentaria podía transitoriamente resolverse el problema de la prórroga de sus funciones, hasta que por ley aprobada por el Parlamento se decidiera definitivamente sobre el futuro de dicha institución (43). Durante el período de funcionamiento de la Diputación Permanente, ningún Decreto-ley pudo ser tramitado, al amparo del artículo 86.3, como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (44); por el con-

(41) En la sesión de la Diputación Permanente celebrada el día 18 de enero de 1979 se aprobaron las normas de procedimiento de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados. «Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados», núm. 1, 1979.

(42) La no convalidación del Decreto-ley de referencia suscitó la necesidad de adoptar un texto o resolución para dar publicidad a su derogación, conforme parece desprenderse del artículo 86, 2, de la Constitución. Durante la discusión en la Diputación Permanente se suscitó este problema. Para el diputado FRAGA IRIBARNE «este artículo (85 de la Constitución) dice que deberá pronunciarse expresamente sobre la convalidación o derogación. Es un mero acuerdo, porque la facultad del Gobierno es una facultad extraordinaria. Esta no es una ley, no lo ha sido nunca, es una disposición con rango de ley que, en caso de convalidarse, llega a serlo y en caso de no convalidarse no tiene efecto de ninguna clase. Basta que se informe al Gobierno de que no ha sido convalidado y tendrá que publicar la disposición correspondiente en el "BOE"»; para el diputado PECES-BARBA: «Un decreto-ley, según el texto constitucional, es una norma válida, pero sometida a condición, condición de convalidación o condición de derogación, y basta la publicación en el "BOE" de la misma forma que se hizo en el caso anterior de la convalidación (que es el cumplimiento de la condición que permite el mantenimiento de la validez) y, en este caso, la publicación de la derogación, que es el cumplimiento de la condición que acaba con la validez de la norma jurídica; y para el diputado PÉREZ-LORCA, «la Constitución da razón a los argumentos vertidos por el último orador (PECES-BARBA), es decir, el Decreto-ley tiene una vigencia provisional, pero tiene una vigencia desde el momento de su publicación y es necesario que intervenga un acto derogatorio expreso. Por eso se utiliza la palabra «derogación» y no otra para que pierda esa vigencia». Vid. «Diario de Sesiones del Congreso de Diputados (sesión de la Diputación Permanente), 6 de febrero de 1979, núm. 2, p. 30.

En el «Boletín Oficial del Estado» del día 23 de febrero de 1979 se publicó una Resolución de 6 de febrero de 1979 sobre acuerdo de derogación del referido Decreto-ley.

(43) Sobre los argumentos en pro de la no convalidación vid. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» (sesión de la Diputación Permanente), 6 de febrero de 1979, núm. 2, pp. 21-30.

(44) Ninguna propuesta en tal sentido obtuvo los votos suficientes. En relación con el Decreto-ley 3/1979, de 28 de enero, sobre Seguridad Ciudadana, se produjeron tres votaciones que finalizaron con empate y de acuerdo con el artículo 79 del Reglamento del Congreso de los Diputados se entendió desechada la solicitud de tramitación como proyecto de Ley. Vid. «Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados» (sesión de la Diputación Permanente de 7 de marzo de 1979), núm. 3, pág. 79.

trario, una vez constituido el Congreso de Diputados, el Real Decreto-ley 7/1979, de 20 de febrero, sobre composición de la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona, paralelamente a su convalidación, obtuvo la votación suficiente para ser tramitado como proyecto de ley (45).

Desde el punto de vista que estamos estudiando, la disposición que reviste un interés particular es el Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación. En el texto de esta disposición son abundantísimas las remisiones normativas en materias que por su trascendencia debían ser objeto de una específica regulación en la propia norma que reviste rango de ley: así, en el artículo 4, se contienen las siguientes remisiones: «Los empresarios y trabajadores podrán someter a los Tribunales Arbitrales Laborales todas las controversias, tanto individuales como colectivas, de trabajo que surjan entre ellos, sin otras limitaciones que las que se establezcan reglamentariamente»; «en los casos y por los motivos que reglamentariamente se determinen, contra el laudo que dicten los árbitros cabrá recurso en los conflictos individuales ante la Magistratura de Trabajo de la localidad, cuya sentencia será firme, y ante el Tribunal Central de Trabajo en los conflictos colectivos»; «el Gobierno aprobará el procedimiento de actuación de los Tribunales Arbitrales, que se ajustarán en todo caso a los principios de rogación, oralidad, concentración, celeridad y gratuidad. Asimismo regulará el régimen de recursos». Si nos atenemos a este texto, vemos que la amplitud en el manejo de la remisión reglamentaria es extraordinariamente amplia y de difícil aceptación en un sistema constitucional rígido, por cuanto es obvio que estas remisiones constituyen auténticos cheques en blanco al ejecutivo que superan los límites propios de la potestad reglamentaria.

Mayores objeciones plantea la disposición final tercera del Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, al que nos referimos, por cuanto se contiene una auténtica delegación legislativa: «El ministro de Trabajo someterá a la aprobación del Gobierno en el plazo de seis meses, previo dictamen del Consejo de Estado, un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se contengan las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma, se establezcan las condiciones adecuadas en orden a una perfecta y eficaz regulación

(45) Vid. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» (sesión de 18 de abril de 1979), núm. 4, pp. 150-151.

del procedimiento laboral y se eleven las cuantías de los depósitos y sanciones que en dicho texto se prevén, regularizando, armonizando y aclarando los textos legales que han de ser refundidos.» La pregunta que surge inmediatamente a la vista de este texto es la siguiente: ¿Puede conferirse autorización por Decreto-ley para refundir textos legales y regularizar, aclarar y armonizar los textos refundidos? (46). El artículo 82.2 de la Constitución dispone de forma taxativa que «la delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o, por una ley ordinaria, cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo». Obviamente, el Decreto-ley no es por su misma naturaleza una ley ordinaria (el artículo 86.1, «en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales»), aun cuando tenga fuerza de ley. Entendemos, además, que la convalidación del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados (es decir, por una sola de las Cámaras, mientras el artículo 82.1 expresamente puntualiza que «las Cortes Generales —es decir, el Congreso de los Diputados y el Senado conforme al artículo 66— podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley») no convierte al Decreto-ley en una ley ordinaria (47), sino que simplemente transforma, en definitiva, una norma con rango de ley que hasta la convalidación era provisional. Por todas estas argumentaciones consideramos que conforme a la Constitución, a través de Decretos-leyes, no puede conferirse en lo sucesivo delegación legislativa al Gobierno, constituyendo el Real Decreto-ley 5/1979, de 28 de enero, un supuesto anómalo (48) y una práctica que debe desterrarse de nuestro ordenamiento.

El tema de la deslegalización de materias —sobre cuya pervivencia después de la Constitución ya nos hemos pronunciado en sentido negativo— fue motivo de intensa controversia con ocasión del debate de convalidación del Decreto-ley 7/1979, de 20 de febrero, por el que se

(46) En el ordenamiento jurídico anterior a la Constitución, la doctrina se había ya pronunciado negativamente. Vid. Fernando GARRIDO FALLA: *La fiscalización de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, en esta REVISTA, núm. 60 (septiembre-diciembre), 1969, pp. 121-124.

(47) Vid. las opiniones de los diputados transcritas en la nota 42.

(48) A mayor abundamiento, el artículo 88, 3, de la Constitución ofrece la posibilidad de que «durante el plazo establecido en el apartado anterior (plazo de convalidación) las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia».

regula la composición de la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona en el Congreso de los Diputados. Con motivo de la transferencia a la Generalidad de Cataluña de las competencias en materia de urbanismo (Real Decreto de 23 de junio de 1978), se faculta a la misma para proponer al Ministerio de Obras Públicas las modificaciones necesarias de las Comisiones Provinciales de Urbanismo de las cuatro provincias catalanas. La Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona, no obstante (49), estaba regulada por el Decreto-ley 5/1974, de 24 de agosto, por lo que su modificación exigía una norma con rango de ley. Por todo ello, se promulgó el Decreto-ley 7/1979, de 20 de febrero, que configuraba una nueva estructuración y regulación de la Comisión de Urbanismo, si bien en su disposición final tercera contenía una clara deslegalización: «Se faculta al Gobierno para modificar por Real Decreto la composición, estructura y funciones de la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona.» Es decir, para el futuro se deslegaliza íntegramente no sólo la organización, sino también las funciones institucionales de dicho organismo. En el debate de convalidación se hicieron abundantes críticas a este procedimiento de deslegalización y su incompatibilidad con la Constitución (50). El Decreto-ley fue convalidado, pero triunfó la tesis de su posterior tramitación como proyecto de ley al amparo del artículo 86.3 de la Constitución.

(49) El hecho de la disolución de las Cámaras puede explicar esta anomalía. En el debate de convalidación de la Diputación Permanente del Congreso no se hizo ninguna alusión a la cuestión de la delegación legislativa. Por el contrario, fueron numerosas las críticas al exceso de remisiones normativas. Vid. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» (sesión de la Diputación Permanente del día 7 de marzo de 1979), núm. 3, pp. 68-75.

(50) Por Real Decreto 519/1979, de 20 de febrero, se regula la composición de las Comisiones Provinciales de Urbanismo de Gerona, Lérida y Tarragona. En este sentido son ilustrativas las opiniones de los diputados SOLÉ TURA: «La legislación delegada ha sido regulada con rigor en la Constitución y, desde luego, la regulación constitucional no permite una delegación legislativa de esta amplitud, de esta ambigüedad, como la que aquí se contempla (p. 146), y PECES-BARBA: «... nos parece que esto supone incidir en una violación del artículo 82 de la Constitución, que señala que las autorizaciones para deslegalizar tienen que producirse por el procedimiento establecido en dicho artículo 82 y, en este caso, seguimos actuando como si no existiera la Constitución» (p. 150). Vid. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados» núm. 4 (sesión del día 18 de abril de 1978).

IV. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. *La Constitución identifica con precisión la producción normativa de las Comunidades Autónomas a los solos efectos de su control: disposiciones con fuerza de Ley y normas reglamentarias (artículos 153 y 161, 2)*

El título VIII de la Constitución (De la organización territorial del Estado) suscita en todos los órdenes —en el institucional y en el funcional— una densa problemática, derivada sustancialmente de la propia emergencia de estas nuevas Entidades territoriales —en régimen de autogobierno (art. 143) y con relevancia constitucional— y, al mismo tiempo, por la defectuosa sistematización e inteligencia de muchos de sus preceptos.

El interrogante más significativo surge, sin duda, en orden a la identificación, catalogación y caracterización de sus fuentes de producción normativa. El artículo 150.1, alude «a normas legislativas»; el párrafo 2 de este mismo precepto a «disposiciones normativas de las mismas entidades»; a su vez, el artículo 152.1 configura en el seno de estos entes que se constituyen al amparo del procedimiento previsto en el mismo «unas asambleas legislativas». La referencia aislada a estos preceptos parece situarnos inicialmente ante una indefinida e imprecisa potestad o función legislativa de las Comunidades Autónomas, máxime si, a su vez, se atiende a la literalidad del artículo 66, que proclama que «las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado». Todo ello hace pensar, como decimos, en la necesidad de plantearse el alcance de esta función o potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, frente a la potestad análoga de las Cortes Generales del Estado (51).

(51) Vid. sobre el problema, R. BOCANEGRA: *Sobre la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas* («Asturias Regional», 9-12-78); E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El techo constitucional de las autonomías territoriales: un problema básico* (diario «El País», 7 y 8 de marzo de 1979, y en especial la monografía de S. MUÑOZ MACHADO: *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1979. En las Jornadas de Estudio sobre «La Constitución española y las fuentes del Derecho», organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, F. GONZÁLEZ NAVARRO presentó un sugerente y documentado estudio, con análisis minucioso de los antecedentes parlamentarios bajo el título *Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria autónoma de las nacionalidades y regiones*.

Si de la relación en el orden legislativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas pasamos al ámbito de la producción normativa en el seno del propio ordenamiento jurídico de aquéllas, observamos que el texto constitucional regula con mayor detalle y precisión los distintos grados de producción normativa con vistas fundamentalmente a su control, constitucional o judicial. A estos efectos, conviene tener en cuenta que el artículo 153 ofrece el siguiente catálogo:

- El Tribunal Constitucional es el órgano competente para el control relativo a la constitucionalidad de la actividad de las Comunidades Autónomas en lo que afecta a «sus disposiciones normativas con fuerza de Ley» (letra a).
- La jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para el control de la actividad de la «Administración autónoma y sus normas reglamentarias» (letra c).
- Por su parte, el artículo 161.2 prevé la posibilidad de que el Gobierno impugne ante el Tribunal Constitucional «las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas». El vocablo «disposiciones» se utiliza en este párrafo sin la debida matización formal, lo que viene a plantear la duda de si se refiere a las que tienen fuerza de ley o sólo a las de naturaleza estrictamente reglamentaria» (52).

Este cuadro descriptivo del articulado del título VIII releva, simplemente a efectos jurídico-formales, una distinción en las fuentes de producción normativa de las Comunidades Autónomas, pero mantiene el interrogante fundamental en orden a la potestad reglamentaria de las mismas en cuanto la Constitución no clarifica la cuestión previa del ámbito estrictamente reservado a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, ya que una vez conocido éste con exactitud por vía de deducción podría acotarse—en una interpretación tradicional del tema—la función a desempeñar por el Reglamento.

(52) En los artículos 81 y 82 del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al desarrollarse el artículo 161, 2, de la Constitución, se alude exclusivamente a «disposiciones y resoluciones emanadas de cualquier autoridad de las Comunidades Autónomas», si bien el artículo 35, 1, parece referirse a las disposiciones con fuerza de Ley «para el ejercicio del recurso general de inconstitucionalidad contra disposiciones o resoluciones de las Comunidades Autónomas, cuando se utilice este cauce procesal y dichas disposiciones tengan fuerza de Ley está legitimado únicamente el Gobierno, de acuerdo con el artículo 161, 2, de la Constitución».

Por otra parte, al identificarse la procedencia orgánica de las normas reglamentarias —art. 153, c)— con la Administración autónoma de las Comunidades Autónomas parece apuntarse a una única fuente de legitimación, lo cual dista de ser pacíficamente admitido dada la peculiar naturaleza de estas Entidades territoriales. Parece, por tanto, necesario suscitar dos cuestiones previas —ámbito de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas y modelo organizativo de las mismas— para poder determinar con exactitud la naturaleza de las funciones reglamentarias de las Comunidades Autónomas. Operaciones delimitadoras que parecen insustituibles dentro de la concepción tradicional de la potestad reglamentaria como producción normativa interior y subordinada a la ley. El resultado de estas operaciones nos suministra la clave para poder discernir si en el ámbito de las Comunidades Autónomas cabe seguir planteando el tema del Reglamento conforme a los módulos tradicionales de la relación Ley-Reglamento o, por el contrario, es necesario aplicar nuevos sistemas por encontrarnos ante realidades de orden distinto.

2. *Examen de dos cuestiones previas en torno a la imprecisa configuración de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas*

A) *¿Existe una reserva o preferencia de Ley en la producción normativa de las Comunidades Autónomas?*

El tema de la reserva de ley reviste en el marco general de las relaciones entre el poder político y los ciudadanos una función eminentemente de garantía constitucional en el sentido de que determinadas materias —singularmente, como hemos visto, en materias de derechos fundamentales y libertades públicas— están vedadas al poder ejecutivo y, en consecuencia, su actuación sólo se legitima en base a una ley previa y con respeto absoluto a su contenido esencial. En el marco del ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas, junto a esta misión esencial, el instituto de la reserva de ley cumple una función adicional: la de determinar qué tipo de materias o producciones normativas de las Comunidades Autónomas deben revestir obligatoriamente el rango de «disposiciones normativas con fuerza de ley» —según el art. 153, a)— y cuáles pueden adoptar el simple rango de disposiciones reglamentarias. A nuestro entender, el tema debe ser

planteado a un doble nivel: el de la reserva constitucional—que afecta fundamentalmente a las relaciones entre las competencias legislativas del Estado y las Comunidades Autónomas—y el de la reserva estatutaria—art. 147, c)—respecto de aquellas materias que se relacionan con la organización de sus propias instituciones de autogobierno, ámbito privativo y doméstico de la Comunidad Autónoma respectiva.

En orden a lo que denominamos reserva de ley, de carácter constitucional, la configuración de un ámbito de potestad legislativa de las Comunidades Autónomas en relación con la del Estado ofrece importantes dudas por la defectuosa elaboración del texto constitucional, empezando por la propia posibilidad de que todas o algunas de las Comunidades puedan emanar normas con «fuerza de ley», y, en caso afirmativo, cuál es la naturaleza y carácter de estas leyes.

Una primera aproximación al tema parece revelar una diferenciación cualitativa y de grado entre las Comunidades Autónomas a que hace referencia el artículo 148 y las del artículo 149, en función del límite temporal para la asunción de las diversas competencias y del procedimiento para la elaboración del respectivo Estatuto de Autonomía (art. 151). Y ello por cuanto el artículo 152 sólo prevé desde el punto de vista organizativo la existencia de Asambleas Legislativas para las Comunidades Autónomas que vean aprobados sus Estatutos conforme al artículo 151. En una interpretación literal y textual del precepto, podría afirmarse que sólo este tipo de Comunidades Autónomas por disponer de una Asamblea Legislativa están legitimadas para emanar normas, en el ejercicio de sus competencias de los artículos 148 y 149, con «fuerza de ley». La consecuencia inmediata de esta interpretación no podría ser otra que aquellas Comunidades Autónomas que no pueden acceder al Estatuto por el cauce del artículo 151, durante un período de cinco años (art. 148.2) deberían ver limitado el ejercicio de sus competencias normativas con el rango exclusivo de disposiciones reglamentarias. Desde luego, puede admitirse a efectos dialécticos que ésta haya sido la intención de los constituyentes, pero resulta difícil sancionar este postulado por el simple dato orgánico de que el artículo 152 prevea la existencia para estos supuestos de Asambleas Legislativas. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que, con carácter general y con un propósito institucional de mayor relieve, el artículo 147—sin distinción de ningún tipo—asigna a los Estatutos autónomos la misión de configurar «la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas pro-

pías» —apartado 2,c) — y que precisamente el artículo 148 —presunta fuente de discriminación entre Comunidades Autónomas— inicie el catálogo de competencias con una referencia a «organización de sus instituciones de autogobierno» (1, 1.^a). En consecuencia, cabe interpretar que las Comunidades Autónomas del artículo 148 pueden también, efectivamente, estructurar un órgano legislativo —con la denominación que estimen más conveniente— y, consecuentemente, imputar «rango de ley» a su producción normativa.

Admitida como hipótesis la posibilidad de que todas las Comunidades Autónomas puedan dictar disposiciones «con fuerza de ley», surge la cuestión de las características y modalidades de estas leyes de las Comunidades Autónomas, especialmente en vista de su contenido competencial exclusivo o compartido con el Estado. No es nuestro propósito examinar con exhaustividad la cuestión de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, sino simplemente situar el tema de la necesidad de que su actuación normativa se encauce por normas de rango de ley para así poder deducir el ámbito del reglamento. La enumeración de competencias de los artículos 148 y 149 ofrecen poca luz al respecto y tiene que examinarse siempre en relación a los instrumentos normativos previstos en el artículo 150 (ley marco, ley de transferencia o delegación y ley de armonización). De las listas de competencias de los artículos 148 y 149 se puede fácilmente deducir que muy pocas competencias revisten respecto a su regulación normativa, en razón de la materia, el carácter de exclusivas para las Comunidades Autónomas; la mayoría de ellas presentan una irreversible caracterización de compartidas. Esta coparticipación reviste distintos niveles que, indudablemente, pueden influir en el rango de las disposiciones destinadas a su instrumentación. Así, por ejemplo, el párrafo 23 del artículo 149 reserva competencias a las Comunidades Autónomas para «establecer normas adicionales de protección» en materia de medio ambiente; en orden a la pesca marítima, el apartado 19 otorga competencia a las mismas «en la ordenación del sector». Las preguntas que se suscitan al hilo de estos ejemplos son las siguientes: ¿La adopción de estas normas adicionales —en el supuesto del ejemplo del medio ambiente, que, por analogía, se puede extender a otros ámbitos— debe acordarse necesariamente a través de normas de la Comunidad Autónoma que revistan «fuerza de ley»? ¿Sólo procederá la cualificación de este rango cuando previamente se haya dictado una ley-marco previa conforme al artícu-

lo 150? Y ¿en ausencia de ley-marco la Comunidad Autónoma sólo podrá dictar estas «normas adicionales» con el carácter de simples reglamentos?

La cuestión es en extremo dudosa, pero una interpretación progresiva permitiría afirmar que la exigencia previa de una ley-marco se produce sólo cuando se extiende la potestad legislativa más allá de lo expresamente acotado como privativo de las Comunidades en las listas de competencias de los artículos 148 y 149. Ahora bien, la duda persiste en cuanto a si en lo específicamente acotado para las Comunidades Autónomas su actuación normativa debe revestir rango de ley o puede, alternativamente, actuarse por vía reglamentaria. Para aproximarnos a esta cuestión, puede servir de apoyo el concepto funcional que hemos esbozado de «reserva estatutaria de ley».

Efectivamente, junto a las competencias normativas enumeradas en los artículos 148 y 149 que afectan a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, existen algunas que son privativas del ámbito propio de aquéllas: tales como organización, procedimiento administrativo, procedimiento legislativo de la Asamblea Legislativa, régimen electoral de la propia entidad—independiente del régimen electoral general reservado al ámbito de la ley orgánica de competencia estatal del artículo 81.1—, régimen de funcionarios, etc. Todas estas materias entran de lleno en el ámbito y contenido de la «organización» de las Comunidades Autónomas y que deben ser articuladas en los respectivos Estatutos autónomos del artículo 147, ya que no entrañan, por tanto, colisión con las competencias legislativas del Estado. En este ámbito entendemos que plenamente las Comunidades Autónomas, si así lo prevén sus Estatutos, podrán dictar normas con «fuerza de ley» y ordenar una delimitación del ámbito de la ley y del reglamento.

Puede así hablarse de una reserva de ley de ámbito y exigencia estatutaria que no podrá alterarse por el carácter de leyes orgánicas que los mismos revisten (art. 81). En el ámbito de este propio concepto de reserva estatutaria puede también canalizarse el interrogante anteriormente formulado en orden a la posible actuación en sus materias propias de los artículos 148 y 149, con normas con rango de ley o de simple reglamento, predeterminándose a través del cauce del Estatuto la actuación por una u otra vía.

B) *¿Las normas reglamentarias sólo pueden emanar del ejecutivo de las Comunidades Autónomas? Improcedencia de trasladar el modelo de la división de poderes o funciones*

En el ámbito de la reflexión sobre la potestad reglamentaria del Estado, la calificación de la naturaleza de norma subordinada e inferior a la ley que se predica del reglamento, se deriva de su propio origen en cuanto emanada de un poder público de origen burocrático y de carácter no representativo. Este postulado, derivado de la división de poderes o distinción de funciones, no puede ser trasladado íntegramente al esquema organizativo de las Comunidades Autónomas, ya que, por su propia naturaleza, no cabe insertar en las mismas el producto de un proceso histórico cual es el de la división de poderes, que es ajeno a la configuración de estas entidades territoriales y que tienen un modelo de articulación del elemento representativo y del propiamente burocrático distinto del Estado (53). En el marco de la Administración Local—que es el antecedente inmediato en esta materia—el Ayuntamiento en Pleno, como organización colegiada y representativa, adopta acuerdos de evidente carácter normativo (reglamento u ordenanza) y al mismo tiempo otorga una licencia (típico acto administrativo singular). Por lo tanto, en los entes territoriales representativos no existe necesariamente una correlación entre naturaleza del órgano y de su correspondiente actividad, lo cual viene a presentar una nueva modulación en la configuración de los Reglamentos de las Comunidades Autónomas.

El texto constitucional, en orden a la identificación orgánica o subjetiva de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas, vuelve a incidir en indeterminaciones y confusiones. El artículo 53, c), parece identificar la existencia de los reglamentos por su fuente de procedencia, en cuanto emanación «administración autónoma». La caracterización de esta Administración autónoma es sumamente imprecisa—el artículo 154 habla a su vez de Administración propia—por cuanto alude a una organización burocrática como separada de la Comunidad Autónoma en cuanto entidad relevante a efectos constitucionales. En los estatutos que se aprueben conforme al artículo 151 (por remisión del artículo 152) se configura una organización a base de una Asamblea Legislativa y de un Consejo de Gobierno con fun-

(53) Vid. los interesantes y sugestivos planteamientos en este orden de Giorgio BERTI: *Il regolamento come atto normativo regionale*, en «Riv. Trim. di Diritto Pubblico», 1973, núm. 1, pp. 136-192.

ciones ejecutivas y administrativas; en el marco de este modelo de organización —que parece mantener un paralelismo con la división de poderes estatales— cabría en un principio y en una interpretación literal emplazar la fuente de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas.

A nuestro entender, la equiparación para las Comunidades Autónomas de normas reglamentarias por la fuente de procedencia —Consejo o Administración autónoma— es extremadamente inflexible y no responde a la auténtica naturaleza de estas entidades, ya que reduciría a los órganos representativos —la llamada por el artículo 152 Asamblea legislativa— a la mera función de aprobación de normas «con fuerza de ley» con toda la gama de incertidumbre que sobre las mismas existe. Resulta difícil de imaginar que funciones trascendentes para la Comunidad Autónoma, como la aprobación de su Reglamento de Régimen Interior —norma básica organizativa en desarrollo del Estatuto de Autonomía—, el régimen de funcionarios o el procedimiento administrativo interno, puedan quedar sustraídos al órgano representativo por el simple hecho de que por su naturaleza reglamentaria correspondan al Consejo de Gobierno.

Frente a esta interpretación, creemos que puede darse cauce a soluciones mucho más flexibles a través de una precisión o graduación de instancias de naturaleza reglamentaria en el Estatuto de Autonomía en el sentido de que el órgano representativo «Asamblea legislativa» dicte disposiciones de orden reglamentario de especial trascendencia reservando al Consejo de Gobierno las de carácter secundario o meramente ejecutivas. De esta forma se evitaría un mimetismo con el modelo de organización estatal que en nada favorece a las Comunidades Autónomas, ni responde a su exacta naturaleza de entidades representativas de intereses territoriales.

3. *Pluralidad de manifestaciones de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas. Límites específicos*

La imprecisa configuración de la potestad o función legislativa de las Comunidades Autónomas sitúa el ámbito de las normas reglamentarias ante un ámbito o espacio ambiguo (54), especialmente si se

(54) Los proyectos de estatuto de autonomía del País Vasco (BOCG. Congreso de los Diputados 12 de junio de 1979) y de Cataluña (BOCG. Congreso de los Diputados núm. 9, I, del día 12 de junio de 1979) no aportan ninguna novedad respecto a la clarificación del tema entre disposiciones que deben revestir fuerza de ley y aquellas que pueden ostentar simple carácter reglamentario.

atiende a su contextura tradicional de norma secundaria o que precisa necesariamente de una ley estatal o propia de la Comunidad Autónoma (en sus modalidades de ley en virtud de competencia exclusiva o de ejecución de una previa ley-marco del artículo 150), a modo de un manto legislativo que legitime el despliegue de su eficacia, como es el propio de todos los reglamentos ejecutivos. Por el contrario, su operatividad y naturaleza experimentarían una nueva dimensión de admitirse la posibilidad de que en determinadas materias (especialmente las que afectan a su régimen interior, en el sentido anteriormente expuesto) su emanación derivara de la propia Asamblea legislativa en el sentido de que ésta pudiera manifestar su actividad normativa de forma alternativa, bien por normas con «rango de ley», bien a través de normas con rango reglamentario.

En cualquiera de los supuestos de manifestación de la potestad reglamentaria, ésta estará sometida a los límites generales impuestos por los propios preceptos constitucionales y que al estudiar los reglamentos estatales hemos examinado detenidamente. Una cuestión de singular importancia revestirá el grado de vinculación y jerarquía de las propias normas reglamentarias estatales respecto a las emanadas por la propia Comunidad Autónoma; desde una óptica tradicional de un ordenamiento jurídico uniforme no ofrecería ninguna duda el dilema planteado por cuanto habría que estimarse que aquéllas constituyen un límite infranqueable. Desde la perspectiva de la idea de un reconocimiento de una autonomía normativa en favor de las Comunidades Autónomas, el criterio de la jerarquía, incluso en materias reglamentarias, parece que deba modularse por el condicionamiento de la competencia material, máxime cuando el artículo 149.3 proclama que «el derecho estatal—referencia en bloque, aplicable tanto al de origen legal como reglamentario— será en todo caso supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas»; es decir, se proclama una mera vigencia por vía de supletoriedad y no por vía de limitación imperativa (55).

(55) El artículo 68 del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al regular los conflictos de competencias, viene a sancionar implícitamente la intangibilidad del ordenamiento normativo (con rango de Ley o simplemente reglamentario) de las Comunidades Autónomas al establecer que «cuando el órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma considerase que una disposición, resolución o cualquier otro acto emanado de la autoridad de otra Comunidad Autónoma o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes requerirá a aquélla o a éste para que sea derogada la disposición o anulada la resolución o el acto en cuestión».

V. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ENTIDADES LOCALES: EXIGENCIA DE SU PLANTEAMIENTO

El reconocimiento de una potestad reglamentaria en favor de las Corporaciones locales ha sido tradicional en nuestro Derecho público (56) y no sólo en materia organizativa (régimen orgánico y funcional), sino en ámbitos típicamente normativos (ordenanzas y reglamentos), con especial remisión por el propio Código civil. La potestad reglamentaria local ha constituido dentro de un Estado de tipo unitario, la única manifestación de autonomía normativa admitida por el ordenamiento jurídico al margen de las fuentes del Derecho puramente estatales (57). Esta autonomía normativa estaba fuertemente controlada y vinculada a fines específicos (58), pero indudablemente presentaba una faceta distinta a la de los reglamentos estatales en

(56) En los artículos 108 a 115 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 se tipifican como manifestaciones de la potestad reglamentaria: las Ordenanzas y Reglamentos (de funcionarios, régimen interior y servicios) y, por otra, los bandos de aplicación general. Si bien el régimen de ordenanzas ha sido una realidad viva, aunque mediatizada por la creciente intervención estatal en sus múltiples vertientes, la autonomía reglamentaria en materia de funcionarios públicos ha desaparecido prácticamente a partir de la Ley 11/1960, de 12 de mayo, por la que se creó la MUNPAL. La autonomía en materia de régimen interior quedó reducida a partir del ROFRJ de 17 de mayo de 1952 a los exiguos límites del artículo 258 «las Corporaciones locales podrán aprobar Reglamentos de Procedimiento Administrativo para la tramitación de sus asuntos, siempre que no contradigan las normas fundamentales del presente capítulo».

Un excelente y completo estudio de la potestad reglamentaria en A. EMBID IRUJO: *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, 1978.

(57) En un estudio clásico sobre el tema, G. FRACOLA: *Teoria delle limitazioni al diritto di proprietà con speciale riferimenti ai regolamenti comunale*. Milano, 1910, se manifiesta que los Reglamentos municipales son inherentes a la autarquía municipal, constituyendo una nueva categoría que el autor califica como «reglamentos autónomos» (p. 123), citándose la opinión de CABBÀ, quien calificó a los mismos de *leggi minoris* (p. 124). En el libro de A. EMBID IRUJO, ob. cit., p. 611, se transcribe la tesis de A. POSADA sobre la práctica equiparación de los reglamentos municipales a las leyes.

Recientemente ha señalado V. ITALIA: *L'autonomia dei comuni e delle provincie nell'ordinamento regionale*, en «Rev. Trim. di Diritto Pubblico» núm. 4, 1975, pp. 1938 y ss. y que durante el periodo de vigencia de las ideas centralizadoras se «ha volcado en el alveo de la potestad reglamentaria, la expresión residual de las provincias y municipios» (p. 1946).

(58) El artículo 108 de la Ley de Régimen Local explicitamente subordinaba la validez de los Reglamentos municipales a «que ni unos ni otros contendrán preceptos opuestos a las leyes o disposiciones generales». La interpretación del concepto de «disposiciones generales» a efectos de este artículo como equivalente a reglamentos de origen estatal ha supuesto una grave limitación de la autonomía reglamentaria local. A. EMBID IRUJO, ob. cit., pp. 619 a 625, ha estudiado correctamente el problema, criticando las posturas doctrinales y jurisprudenciales regresivas en este orden.

cuanto su contenido era típicamente *praeter legem* y no se limitaba a completar, por vía secundaria, normas con rango de ley (59).

La Constitución, en los artículos 137 a 142, otorga una relevancia constitucional a los municipios y provincias en cuanto les otorga «autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137). Esta autonomía local debe distinguirse propiamente del autogobierno (artículo 143) que es propio de las Comunidades Autónomas, diferencia de grado que se traduce en el ámbito normativo en la posibilidad de que las Comunidades puedan dictar «normas con rango de ley», extremo que se excluye para las entidades locales (60). No obstante, la Constitución no concreta el alcance y perfiles de esta «autonomía» (61) en lo normativo, por lo que deberá atenderse a lo que disponga en su día la legislación de régimen local (a la que se refiere el art. 148.3) sobre el mantenimiento y posibilidad de dictar normas de carácter reglamentario.

Desde una perspectiva doctrinal, la consagración constitucional de la autonomía municipal y provincial debería comportar una extensión notable y significativa de la potestad reglamentaria local, especialmente en lo que se refiere a materias organizativas y de régimen

59) G. BERTI: *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, estudia con especial detenimiento la distinta caracterización de los Reglamentos estatales frente a los locales (pp. 187 a 184). Mientras la función de los Reglamentos estatales son un medio de especificación y de integración de las leyes en orden a la preparación y programación de la actividad administrativa concreta, los Reglamentos locales, por el contrario, no cumplen esta función de mediación de lo abstracto a lo concreto, sino que son administración en sí mismos «no dejando espacio para determinaciones ulteriores que no sean la simple y pura ejecución de sus previsiones a través de actos concretos» (p. 188). Los Reglamentos locales, fruto de la idea de autonomía, «están mucho más próximos, por su contenido, a las leyes del Estado que no tienen como destinatario a la Administración (leyes civiles y penales)» (p. 172).

(60) Un estudio muy esclarecedor de la sustancia y evolución ideológica de los conceptos, G. TREVES: *Autarchia, autogoverno, autonomia*, en «Riv. Trim. di Diritto Pubblico», 1957, pp. 292 y ss., y M. S. GIANNINI: *Autonomia Pubblica*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. IV, pp. 356 a 386.

(61) Obviamente, la garantía constitucional de la autonomía municipal debe comportar irreversiblemente la capacidad de dictar normas orgánicas, estatutarias y funcionales aun cuando no revistan la fuerza de ley, pero sin que ello pueda implicar su desconocimiento y vulneración en su ámbito propio por los Reglamentos estatales. En este sentido es muy interesante el concepto de autonomía estatutaria de los entes locales y su relación con la región que se contiene en el «Disegno di legge (núm. 1099) ordinamento delle autonomie Locali», presentado al Senado de la República (VII Legislatura) por el ministro del Interior, COSSIGA, el 16 de enero de 1978 y la serie de proposiciones de ley presentadas por diversos senadores durante 1978. En todos estos proyectos, la autonomía estatutaria de los municipios y provincias se extiende a: composición de sus órganos, sistema de atribuciones, modos de la participación popular y normas fundamentales para el funcionamiento y organización de los servicios públicos.

interior, con el consiguiente desmantelamiento del aparato gubernativo de fiscalización y tutela (62). Esta posible expansión deberá, no obstante, modularse en función de las relaciones entre las Comunidades Autónomas y las entidades locales—uno de los extremos más confusos de la Constitución y que más tensiones pueden provocar—por cuanto en alguna medida deberán otorgarse competencias a las Comunidades para reestructurar las características de las entidades locales (63).

Por lo que afecta a los tradicionales reglamentos y ordenanzas de las Corporaciones locales en cuanto disciplinan relaciones jurídicas con los administrados, las perspectivas lógicamente apuntan a una reducción de las expectativas de la autonomía local, por cuanto basta comprobar las atribuciones de las Comunidades Autónomas, coincidentes en gran medida con las tradicionales competencias de la Administración local. En todo caso, la potestad reglamentaria local deberá armonizarse y articularse con la legislación de las Comunidades Autónomas o configurarse como ejecución de la misma, motivada por razones de localidad. Un nuevo capítulo en orden a la normativa reglamentaria de las entidades locales se abre con la instauración de las Comunidades Autónomas, que no puede en ningún caso significar su desaparición o absorción por las entidades territoriales superiores.

(62) Vid. Martín Bassols Coma: *Las relaciones entre la Administración periférica del Estado y las Comunidades Autónomas en la Constitución*. Comunicación al VII Congreso Hispano-Italiano de Profesores de Derecho Administrativo. Lanzarote, Las Palmas, 1979.

(63) Sobre la problemática de la inserción de la Administración Local en la región, son muy interesantes las reflexiones de Andrea Orsi Battaglini: *Le autonomie locali nell'ordinamento regionale*, Milán, 1974.

