

# EL RECURSO DE CASACION Y EL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES Y DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

(En torno a las sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1971 y de 2 de julio de 1980)

*SUMARIO:* I. *Los reglamentos ilegales y el recurso de casación:* 1. Planteamiento. 2. La sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1971.—II. *Los decretos legislativos y el recurso de casación:* 1. El control judicial de los decretos legislativos en la Jurisprudencia contencioso-administrativa. 2. La sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1980.—III. *Conclusiones.*

Dos sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1971 y de 2 de julio de 1980 (magistrado ponente en ambas, Fernando Díaz PALOS) ofrecen, a mi juicio, el mayor interés para la teoría del control judicial de las normas reglamentarias y de los decretos legislativos.

La primera de ellas muestra cómo el Tribunal Supremo puede, con ocasión de un recurso de casación, declarar ilegal y no aplicar un reglamento contrario a la Ley.

La segunda declara inaplicable un precepto del texto articulado del Código Penal en cuanto excede de lo dispuesto en la Ley de Bases que autorizó su redacción.

El hecho de que ambas sentencias se hayan dictado en sendos recursos de casación amplía e ilumina el ámbito en el que hasta ahora, por lo general, se ha venido desarrollando el control judicial de los reglamentos ilegales y de los decretos legislativos.

## I. LOS REGLAMENTOS ILEGALES Y EL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. *Planteamiento*

Es bien conocida la doctrina reiteradamente expuesta por el Tribunal Supremo de la ineficacia de la cita en casación de los preceptos reglamentarios.

A) El recurso de *casación civil* «por infracción de ley o de doctrina legal» se da, entre otros motivos, por el de que «el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes

o doctrinas legales aplicables al caso del pleito» (art. 1.692, 1.º, de la LEC). La norma infringida ha de ser una norma de derecho privado—civil o mercantil—incluida en los códigos respectivos o en una ley especial. Pero no son «ley» a efectos de la casación las disposiciones administrativas o reglamentarias; lo que no excluye, sin embargo, que una ley privada material tenga que ser «integrada» con tales disposiciones (véase Emilio GÓMEZ ORBANEJA y Vicente HERCE QUESADA: *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1976, p. 490).

Y en el *ámbito penal* «se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse recurso de casación: 1.º, cuando... se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal» (art. 849, LECR) (véase Leonardo PRIETO CASTRO y Eduardo G. CABIEDES: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, página 380).

B) La jurisprudencia civil sobre esta cuestión es abundante. La *sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977* (Aranzadi, 122) declara que «es jurisprudencia reiterada y constante que las disposiciones de carácter administrativo no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley—sentencias de 13 de diciembre de 1889, de 17 de marzo de 1927, de 11 de noviembre de 1935, de 11 de junio de 1936, de 25 de marzo de 1940, de 5 de junio de 1944, de 30 de abril de 1957, de 12 de diciembre de 1962, de 11 de noviembre de 1963—» y que ese insoslayable obstáculo no se puede salvar argumentando que se ha cometido una violación de un artículo del Código Civil puesto en relación con un precepto administrativo, cuando realmente lo que se está alegando es una violación del precepto administrativo; la *sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1977* (Aranzadi, 2871) reitera la misma doctrina; la *sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1977* (Aranzadi, 2875) declara que los preceptos del Reglamento del Notariado no pueden fundar un recurso de casación porque no pueden hacerlo los «decretos emanados de la Administración»; la *sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1977* (Aranzadi, 3902) declara que «las disposiciones administrativas y las de índole fiscal no pueden por sí mismas servir de fundamento al recurso de casación; sólo pueden citarse como razonamientos demostrativos de una infracción legal»; la *sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1978* (Aranzadi, 1642) declara que «la disposición reglamentaria por la cual fue regulado el Registro Mercantil carece de rango jerárquico de ley, no siendo por tanto susceptible de casación».

Una sentencia que realiza una síntesis de esta doctrina es la *sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1978* (Aranzadi, 1912), que dice:

«CDO.: Que no determinado por los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el concepto de "ley" a los efectos de la casación, esta Sala, descartando la lata acepción del vocablo alusiva a todo precepto jurídico en amplio sentido con la única exclusión de la costumbre, lo refiere a las normas de derecho material y privado dimanantes de la potestad soberana legiferante y promulgadas en forma—sentencia de 5 de octubre de 1968—, sin comprender las disposiciones administrativas o reglamentarias—salvo en la hipótesis que deban integrar a una ley material en blanco—, por cuanto son mero desarrollo o consecuencia de una ley y no existe respecto de ellas el interés de la uniformidad interpretativa, como señala la doctrina científica; y en tal sentido, carentes del valor de ley los decretos emanados de la Administración y las prescripciones del mismo origen cuyo rango sea meramente reglamentario—sentencias de 25 de febrero de 1960, 26 de septiembre de 1963, 26 de abril de 1967 y 18 de diciembre de 1968, entre otras—, tiene declarado este Tribunal que no viene permitido basar el recurso de casación en el quebrantamiento de los preceptos del Estatuto de la Recaudación—sentencias de 9 de mayo de 1962 y 10 de marzo de 1977—, ni en los del Reglamento Notarial—sentencias de 9 de diciembre de 1939 y 10 de junio de 1977—, como tampoco en la vulneración de la normativa del Reglamento de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria—sentencia de 17 de junio de 1977—, y ya concretamente, por lo que a este recurso importa, no reviste tal significación el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por Decreto 3987/1964, de 19 de noviembre, pues según enseña la sentencia de 16 de octubre de 1974, cuya tesis se reitera, sus disposiciones tienen un valor estrictamente reglamentario a pesar de la autorización contenida en la disposición final 5.ª de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, que facultó al Gobierno para establecer la regulación del Seguro Obligatorio y del Fondo de Garantía, determinando su alcance y los recursos de que habían de nutrirse.»

En el ámbito penal tampoco es admisible el recurso de casación undado en la infracción de una norma reglamentaria. Así, por ejemplo, la *sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1976 (Aranzadi, 3064)* declara que «al no ser los artículos del Có-

digo de la Circulación por sí solos preceptos penales de carácter sustantivo, sino preceptos reglamentarios, la mera referencia a ellos sin cita alguna de norma sustantiva penal no es suficiente para dar contenido a motivo de casación».

No es posible, pues, fundamentar un recurso de casación en el motivo de que se ha infringido una norma reglamentaria.

C) Pero esta doctrina, interpretada correctamente, no puede conducir a negar el recurso de casación cuando la infracción de ley se ha producido por medio de la aplicación de una norma reglamentaria ilegal. Entonces existe una violación de ley civil o de la ley penal cometida primero por la Administración que dictó el reglamento y después por el juez o Tribunal de instancia que lo aplicó. En tal caso, al Tribunal Supremo le corresponde juzgar la violación de la ley cometida por la aplicación de un reglamento ilegal. Y una vez estimado el recurso, el Tribunal Supremo al dictar la «segunda sentencia» y ocupar entonces la posición del juzgador de instancia debe declarar la inaplicación del reglamento ilegal.

En esta «segunda sentencia», además, el Tribunal Supremo no está vinculado por la regla de que sólo puede estimar las infracciones de leyes sustantivas privadas en la casación civil, o de leyes sustantivas penales en el recurso de casación criminal, sino que al ocupar la posición del juzgador de instancia, debe apreciar la ilegalidad de cualquier reglamento aplicable a la cuestión controvertida, haya sido o no tenido en cuenta el recurso de casación (*iura novit curia*). Un ejemplo de esto último lo ofrece la primera sentencia de este comentario.

2. *La sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1971 (Aranzadi, 2820). Magistrado ponente: Fernando Díaz Palos.*

Los hechos declarados probados fueron éstos. El conductor de un camión que iba acompañado de su mujer y de su hija, y actuaba por cuenta y a las órdenes del propietario del vehículo, provocó un accidente a consecuencia del cual, además de daños materiales, causó lesiones muy graves a su mujer—amputación traumática de una pierna—y a su hija. La sentencia de la Audiencia le condenó como autor de un delito de imprudencia temeraria a una pena de arresto mayor y a indemnizar y sufragar los gastos de curación de su esposa y de su hija. Tales cantidades, por insolvencia del inculpado, debía satisfacerlas el responsable civil subsidiario, esto es, el propietario del camión por cuenta del cual trabajaba. Contra esta sentencia recurrieron el inculpado y el responsable civil subsidiario. El Tribunal Supremo estimó el recurso planteado por el responsable civil subsidiario y dictó nueva sentencia en la que volvió a condenar al inculpado a las penas e indemnizaciones, pero obligó al Banco Vitalicio de España a ampliar su fianza para cubrir el importe de la indemnización y de

los gastos de curación de la esposa y de la hija. Esta última parte de la sentencia del Tribunal Supremo tiene como fundamento la inaplicación, por ilegal, del artículo 22 del Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 de noviembre de 1964.

En su *primera sentencia* el Tribunal Supremo estimó el motivo alegado por el responsable civil subsidiario en cuanto a la obligación de cubrir la indemnización a satisfacer a la mujer y a la hija del conductor, porque:

«... es preciso deducir que el transporte de dichas personas era totalmente ajeno a la relación laboral que ligaba al inculpado con su empresario y que por ende, éste no debe pechar con las consecuencias onerosas del mismo, sin perjuicio de que ante esta situación de desamparo de las víctimas deba prestar la entidad aseguradora la indemnización que le impone el seguro obligatorio, en la forma que a esta Sala permita hacerlo la sentencia rescisoria que se dicta a continuación de esta casación».

Pero la Sala del Tribunal Supremo, al ir a dictar la *segunda sentencia* advirtió que ello exigía aplicar una norma reglamentaria ilegal. Y es entonces cuando el Tribunal rechaza de oficio la aplicación de tal norma aunque ello no ha sido alegado ni planteado en el recurso.

«CDO.: Que la fianza prestada por el Banco Vitalicio de España como fiador *ex lege* debe ser ampliada a fin de que pueda ser indemnizada la lesionada... y su hija... sin que pueda ampararse dicha entidad aseguradora en el artículo 22 del Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 de noviembre de 1964, pues si bien es cierto que dicho precepto excluye de los beneficios de aquel seguro, entre otras personas, a los descendientes y cónyuges del conductor del vehículo objeto del certificado, y las lesionadas referidas son esposa e hija, respectivamente, del conductor inculpado y condenado en la instancia, no es menos cierto que tal precepto reglamentario desborda y contradice la terminante y clara disposición contenida en el artículo 41 (hoy 3.º del texto refundido) de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 de diciembre de 1962, que sólo excluye de la cobertura del seguro al asegurado, al conductor, al vehículo y a las cosas transportadas, ante cuya declaración debe ceder la hecha por una disposición reglamentaria de rango normativo inferior, puesto que no se limita a

puntualizar... sino que evidentemente limita y no simplemente desarrolla lo dispuesto en la ley que le sirve de inexcusable antecedente..., todo lo cual permite a esta Sala, en sentencia rescisoria en que juzga y sanciona como Tribunal de instancia, aplicar la disposición prevalente en virtud del *iura novit curia* y aun cuando no se le haya alegado, por existir infracción del ordenamiento jurídico; ...debiendo añadirse en fin que ya este Alto Tribunal ha acogido en alguna de sus resoluciones la tesis de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones de la Administración que contradicen lo dispuesto en normas superiores, tal como preceptúan los artículos 23 y 27 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—sentencia de la Sala 5.ª de 25 de enero de 1961—.»

De donde resulta que la técnica del recurso de casación que permite al Tribunal Supremo actuar como juzgador de instancia una vez que ha casado la sentencia recurrida le permite también, incluso de oficio, examinar la legalidad de las disposiciones reglamentarias que inciden en la cuestión controvertida.

Y así, aunque la norma infringida que motiva el recurso de casación debe ser siempre una ley, el Tribunal puede considerar la incidencia que en la cuestión haya podido tener el reglamento dictado en ejecución de esa ley, y caso de ser ilegal debe, una vez estimada la infracción de la ley, dictar una segunda sentencia en la que, ante tal ilegalidad, declare no aplicable el reglamento.

En el caso resuelto por la sentencia comentada todo induce a pensar que la infracción cometida por la sentencia de la Audiencia cuando declaró que el propietario del camión era responsable civil subsidiario de la indemnización y gastos de curación de la mujer y de la hija del conductor, fue motivada por la necesidad de buscar una solución a la gravísima situación económica que el accidente había colocado a esa familia. Y ello porque el artículo 22 del Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 de noviembre de 1964 excluía la cobertura del daño causado a la mujer y a la hija del conductor.

Pero la Sala 2.ª del Tribunal Supremo al conocer del recurso descubrió «de oficio» que ese precepto reglamentario era ilegal por infringir la Ley de 24 de diciembre de 1964 y pudo entonces dar la solución correcta y justa a este caso: En su «primera sentencia» estimó el recurso planteado por el responsable civil subsidiario sin aludir a la existencia del reglamento ilegal, que ni había sido aplicado expresamente ni, tampoco, invocado entre los motivos del recurso, aunque con toda probabilidad debió ser el «causante psicológico» de la infracción. En su «segunda sentencia», en cambio, exento ya de los límites formales y materiales del recurso de casación, el Tribunal pudo aplicar

el ordenamiento en su totalidad—*iura novit curia*—y declarar la inaplicación de un reglamento administrativo ilegal, a pesar de que éste no fue tenido en cuenta en la fundamentación del recurso.

## II. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS Y EL RECURSO DE CASACIÓN

Una nueva sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha incorporado al recurso de casación penal la técnica más depurada del control judicial de los decretos legislativos. Antes de examinarla veamos el estado de la cuestión en la jurisprudencia contencioso-administrativa.

### 1. *El control judicial de los decretos legislativos en la jurisprudencia contencioso-administrativa*

La doctrina jurisprudencial sobre el control de los decretos legislativos comienza, con criterio vacilante, en la década de los años sesenta y se afirma resueltamente a partir de los años setenta. En esta evolución ha ejercido una influencia decisiva la aportación de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada y control judicial* (discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación leído el 16 de marzo de 1970 y publicado después por Tecnos, Madrid, 1970) (1); así como el comentario de jurisprudencia de Fernando GARRIDO FALLA: *La fiscalización de los decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa* (publicado en esta REVISTA, número 60, 1969). Además encontró un punto de apoyo legal muy importante en la incorporación del principio de degradación de los decretos legislativos ilegales al artículo 11,3 de la Ley General Tributaria («Sus preceptos tendrán la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación o ésta hubiere caducado por transcurso del plazo o hubiese sido revocada»).

A) El punto de partida de esta evolución lo forman un conjunto de sentencias que rechazan el control judicial de los decretos legislativos.

a) En este sentido, la *sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1959* (que incluía entre las leyes que no pueden ser objeto de impugnación ante los Tribunales a «las dictadas en base a una delegación de las Cortes») y la *sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1959* (que atribuía a una norma dictada en base a una autorización legislativa «idéntica fuerza de obligar y la misma jerarquía que la ley que la autoriza»). Ambas sentencias fueron enérgicamente criticadas por GARRIDO FALLA (*La fiscalización...*, cit., p. 117) y por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Legislación*

(1) En el prólogo de la segunda edición del libro de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, que acaba de publicarse (Tecnos, Madrid, 1981), el autor muestra cómo han sido recogidas en la Constitución de 1978 las tesis fundamentales de su libro.

*delegada...*, cit., p. 38). También forman parte de este grupo inicial la *sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1962* (según la cual un decreto dictado en base a una facultad conferida al Gobierno por una ley *ha de entenderse revestido de propia sustantividad y poseyendo el mismo rango que la ley de que trae origen*, por lo que goza también de absoluta inmunidad jurisdiccional); la *sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1962* (según la cual cuando se está ante el cumplimiento del precepto emanado originariamente con rango de ley queda excluida la posibilidad de impugnación contencioso-administrativa, conforme al artículo 1 de la Ley de Jurisdicción); y la *sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1964* (que declara inadmisibles la impugnación de algunos preceptos de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto legislativo de 8 de febrero de 1946, dictado en base a la disposición adicional 2.ª de la Ley de 30 de diciembre de 1944, tal como lo confirma «una jurisprudencia tan extensa y uniforme que exige de citas concretas, y que no puede ser enervada por el hecho de haber sido aprobado y promulgado el texto de la Ley Hipotecaria por un decreto legislativo...»), todas ellas criticadas por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Legislación delegada...*, ob. cit., páginas 40, 112 y 49, respectivamente). Posteriormente alguna otra sentencia reproduce esta tesis negativa (así, la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1969*, estudiada por Alvaro GIL-ROBLES: *El control de legalidad de las normas con valor de ley*, publicado en «REDA», 3, 1974, p. 397). Estas sentencias repiten el mismo argumento: los decretos legislativos no pueden ser enjuiciados por el poder judicial; el artículo 1.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo sólo permite que ésta conozca de «las pretensiones que se deduzcan en relación... con disposiciones de categoría inferior a la ley».

b) Un caso singular lo constituye la *sentencia de la sala 3.ª del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1967* (Aranzadi, 2791), que, con ocasión de resolver un recurso planteado contra el texto refundido de la Contribución Territorial Urbana, aprobado por Decreto de 12 de mayo de 1966, comenzó declarando que la posibilidad de revisar esa norma depende de que tenga rango de ley o de reglamento; y que esto último sucedería si tal norma «fuese discordante con la ley que le dio vida». Pero tal juicio previo sólo puede hacerlo, continúa la sentencia, el órgano delegante porque:

«CDO.: Que esta función previa determinadora del escrupuloso cumplimiento, por parte del poder ejecutivo, de la misión conferida del legislativo, no puede realizarse más que por el propio órgano delegante, y así lo confirma el párrafo 2.º del artículo 11 de la Ley General Tributaria, ya citado antes, cuando recaba el conocimiento que ha de dársele de tales disposiciones, constituyendo esto precisamente un presupuesto previo

de procedibilidad para abrir esta vía jurisdiccional, a la que de otro modo no puede tener acceso la impugnación que se pretende en estos supuestos, porque de ser estos Tribunales los encargados de resolver sobre la fidelidad de esta legislación delegada a las normas delegantes se asumirían unas funciones legislativas que excederían de las típicamente jurisdiccentes que a todos Tribunales de Justicia les corresponde orgánicamente; por ello, únicamente ante el conocimiento previo que las Cortes puedan tener de tal requisito y del juicio ponderativo que emitan, podría esta jurisdicción pronunciarse sobre la estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo que se formulase contra una disposición de rango legal previamente degradada por el órgano legislativo de su consideración de ley formal.»

Esta sentencia dio origen a que la «Comisión de Competencia Legislativa de las Cortes» emitiese un dictamen (publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Españolas» de 19 de noviembre de 1969) cuyas conclusiones reconocían la existencia de una extralimitación en un precepto de un texto refundido de los examinados por la Comisión. El dictamen, sin embargo, hacía una confusa e inconsistente distinción entre extralimitaciones que afectan a la reserva de ley en favor de las Cortes, y otras que no la afectan (véase la crítica de José María MARTÍN OVIEDO en *El control por el poder legislativo de la legislación delegada y de los textos refundidos*, publicado en la «Revista de Derecho Financiero» núm. 82, de 1969, p. 665).

Pero, con independencia del interés que este precedente pueda tener (véase Alvaro GIL-ROBLES, *El control de legalidad...*, cit., pp. 405 y ss.), es evidente que la sentencia de 15 de junio de 1962 comete un grave error de interpretación del artículo 11 de la Ley General Tributaria (ese precepto no condiciona de ninguna manera el enjuiciamiento por los Tribunales de la cuestión, ni lo somete a una previa declaración de las Cortes, sino que se limita a disponer que se dé cuenta a las Cortes de las normas dictadas); y además limita sin fundamento alguno la competencia de los Tribunales de Justicia para conocer de la legalidad de las disposiciones que éstos aplican (véase la contundente crítica de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., página 180, nota 7).

2. Frente a estas posiciones negativas ha prevalecido definitivamente otra de signo positivo, fundada en un análisis más profundo de la cuestión y cuyo argumento básico es muy simple: es cierto que los decretos legislativos tienen rango de ley, pero ello sólo en la medida en que se dictan dentro de los límites y de acuerdo con los principios de la ley que los autoriza; en lo que exceden de esos límites materiales y formales carecen de fuerza de ley y sólo tienen el rango

que procede del órgano que los dictó, esto es, el rango de normas reglamentarias. Razón por la cual cualquier órgano judicial que advierta un vicio en su legalidad está obligado a dejar de aplicar ese precepto (art. 7.º de la LOPJ de 1870: *No podrán los jueces, magistrados y Tribunales: 1.º Aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes*); y, naturalmente, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa deben, en su caso, declarar su nulidad igual que la de cualquier otro reglamento ilegal.

Este razonamiento ha adquirido plena firmeza en la Constitución de 1978 cuando ésta dispone que las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, pero *sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales* (art. 82,6). Los Tribunales, pues, tienen siempre competencia para examinar si se ha observado por el Gobierno lo ordenado por la ley de delegación.

Pero antes de que se promulgase la Constitución de 1978, nuestra jurisprudencia había logrado fijar unos criterios claros y coherentes sobre la competencia de todos los órganos judiciales para juzgar la legalidad de los decretos legislativos. Esta jurisprudencia se apoya, como vamos a ver, tanto en lo dispuesto en el artículo 7.º de la LOPJ como en la propia naturaleza de la delegación legislativa:

— La *sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1962* dejó de aplicar un precepto de un texto refundido por «alterar el *statu quo* legal precedente»; la *sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1969* (Aranzadi, 3139) rechazó la inadmisibilidad propuesta por el abogado del Estado porque «entra dentro de la función revisora atribuida por la Ley a los Tribunales de la jurisdicción examinar si la Administración, al elaborar el texto refundido, procedió con arreglo a Derecho..., y si la refundición se halla ajustada al mandato legislativo conferido al Gobierno..., ya que con ello no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración...»; la *sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1970* (Aranzadi, 149) (magistrado, CRUZ CUENCA), afirmó que «al examinar y decidir si el decreto... excede los límites del mandato, delegación o autorización conferidos al Gobierno en la disposición final 4.ª de la Ley..., no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración, que puede ser revisada en vía contenciosa, toda vez que tal decreto sólo tiene la fuerza y eficacia de una disposición administrativa en cuanto excede de los índices de la autorización o delegación, conforme al principio general consagrado en el artículo 11 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre»; la *sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1970* (Aranzadi, 1716) (magistrado, SILVA MELERO), declaró «que el valor de la ley formal del texto refundido en cuestión está condicionado evidentemente por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido o, lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto

de la delegación legislativa, sin salirse de las bases marcadas en la delegación, y en este sentido cabe destacar cómo el artículo 11 de la Ley General Tributaria confiere carácter de meras disposiciones administrativas a estos textos, en cuanto excedan de los límites de la autorización o denegación...»; la *sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1970* (Aranzadi, 1386) (magistrado, ALONSO PÉREZ), declaró «que los Tribunales de esta jurisdicción, al enjuiciar el contenido de un texto refundido confeccionado por el poder ejecutivo refiriéndolo al de una ley, producto ésta y no aquél del órgano único facultado para emitir textos legales propiamente dichos, para nada vienen a inmiscuirse en la esfera de lo legislado. Antes al contrario, se coloca a su lado, velando por la genuidad de su obra. Que en fin de cuentas no otra que ésta y sólo ésta es la misión de lo jurisdiccional, velar porque en la actuación de lo gubernativo o administrativo no venga a verse desvirtuado..., lo que la voluntad del legislador dejó concedido o reconocido en forma de leyes»; la *sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1977* (Aranzadi, 3440) (magistrado, MARTÍN HERRERO), admite la posibilidad —no ejercitada por los actores en ese recurso— de impugnar un decreto legislativo que aprueba el texto articulado de una ley de bases en el supuesto de que el Gobierno hubiese traspasado los límites de la delegación recibida, «puesto que es precisamente el actuar dentro de los límites de la delegación lo que confiere naturaleza de ley al decreto, y lo contrario, es decir, el sobrepasar esos límites, lo que hace su impugnación residenciable ante esta jurisdicción contencioso-administrativa» (véase el comentario a esta sentencia de Enrique LINDE PANIAGUA: *El control judicial de los textos articulados de las leyes de bases*, publicado en «REDA», 16, 1978, pp. 89 y ss.); y, por último, la *sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1979* (Aranzadi, 3444) (Magistrado, SERVÁN MUR), también en relación con un texto articulado, pero de modo mucho más explícito que la anterior, dice:

«CDO.: Que aun cuando no puede ofrecer duda alguna el rango legislativo que es forzoso atribuir al Decreto 2104/1977, conforme a los preceptos legales mencionados y a las sentencias de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 1967 y 23 de mayo de 1969, así como, y consiguientemente, que no es susceptible de impugnación en vía contencioso-administrativa, sin embargo, como declara la sentencia en último lugar citada, la sola consideración del rango de ley no puede determinar el pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso, ya que es susceptible de examen en vía jurisdiccional si la Administración al elaborar el *texto articulado* procedió con arreglo a Derecho y ajustándose a la autorización legislativa o pudo incidir en cualquier infracción procedimen-

tal, ya que con ello sólo se fiscaliza la actividad de la Administración, no la del poder legislativo, y como este examen va implícito en el de fondo del recurso es forzoso desestimar esta primera alegación preclusiva del abogado del Estado.»

Todas las sentencias examinadas proceden de la jurisdicción contencioso-administrativa. La novedad, pues, de la sentencia objeto de este comentario radica en el reconocimiento de la validez de la doctrina expuesta en el ámbito del recurso de casación penal. Lo que en ella se expone es válido también para el recurso de casación civil.

2. *La sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1980 (Aranzadi, 3098) (magistrado ponente, Fernando Díaz Palos).*

Aquí se decide un recurso de casación formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 19 de junio de 1979, que, entre otros pronunciamientos, condenaba a una de las procesadas como «encargada de un local de prostitución» (art. 452 bis *d*) del Código Penal. Uno de los motivos del recurso estaba planteado en estos términos:

«Cuarto.—Al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECR por *indebida aplicación* del artículo 452 bis *d*), número 1, C. P., en cuanto este texto excede en sus términos de la delegación legislativa otorgada en su día al Gobierno por la Ley de 23 de diciembre de 1961 de Bases para la Reforma del Código y otras leyes penales, la cual no autorizaba para la punición de los encargados de locales en los que se ejercía la prostitución u otra forma de corrupción.»

Para apreciar el alcance de esta infracción hay que recordar los términos en que se produjo la delegación legislativa en cuestión. La *Ley de 23 de diciembre de 1961 de Bases para la revisión y reforma del Código y de otras leyes penales* («BOE» de 27 de diciembre de 1961) estableció una delegación legislativa algo compleja:

Por una parte dispuso que:

«Artículo 1.º Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del ministro de Justicia, lleve a cabo una revisión parcial del Código Penal vigente con arreglo a las siguientes bases...»

Pero más adelante concretó esta autorización en los siguientes términos:

«Artículo 3.º El Gobierno encomendará a la Comisión General de Codificación la redacción de los artículos

afectados por la presente reforma, y dictará la oportuna disposición en el plazo de seis meses, a contar desde la publicación de esta ley.

En otro plazo igual, la Comisión elevará al Gobierno y éste queda autorizado para publicar un nuevo texto revisado del Código Penal que recoja las modificaciones introducidas en el mismo desde la promulgación del texto refundido de 1944, incluidas las de la presente ley.»

La autorización, pues, se desdobló en dos fases: Primera, la *revisión parcial* del Código Penal, esto es, la revisión de los artículos afectados por la ley de bases, en un plazo de seis meses (texto articulado). Segunda, la redacción de un *texto revisado* de todo el Código Penal en otro plazo de seis meses, sucesivo al anterior (texto refundido).

La primera fase se cumplió, si bien fuera de plazo (2), por Decreto de 24 de enero de 1963 («BOE» de 2 de febrero de 1963), de «revisión parcial del Código Penal».

La segunda fase se cumplió por Decreto de 28 de marzo de 1963 («BOE» de 8 de abril), que aprobó el «texto revisado» del Código Penal.

Pues bien, tanto en la «revisión parcial» (texto articulado) como en la «revisión total» (texto refundido), el artículo 452 bis, *d*), no se ajustó a lo dispuesto en la base 9.<sup>a</sup> de la Ley de 1961. La diferencia era muy clara. En la base 9.<sup>a</sup> de la Ley de 1961 se tipificaba, de un lado, la conducta de los «dueños, gerentes, administradores», de los locales de prostitución y de otra la de quienes sirven «en los locales en que se ejerce la prostitución». En cambio, tanto en el artículo 452 bis, *d*), de la «revisión parcial» (texto articulado, aprobado por Decreto legislativo de 24 de enero de 1963), como en el mismo artículo del «texto refundido» del Código Penal (texto refundido aprobado por Decreto legislativo de 23 de marzo de 1963), se incluye a los «encargados» de un local de prostitución, junto a los «dueños, gerentes y administradores» del mismo, personas cuya conducta carecía de tipificación especial en la ley de bases, y quedaba, por tanto, incluida en el tipo de los «servidores» del local.

Invocado, pues, este exceso en el ejercicio de la delegación legislativa como motivo de casación por infracción de ley, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró que, en efecto, se ha producido el vicio de *ultra vires* denunciado. Dice la sentencia:

«CDO.: Que formulada en el motivo cuarto del mismo recurso la cuestión de si los redactores de la revisión de 1963 del Código Penal se excedieron en la autorización

(2) El plazo de seis meses (computable a partir de la publicación de la ley autorizante en el «BOE» de 27 de diciembre de 1961) fue prorrogado por un Decreto-ley de 19 de julio de 1962 («BOE» de 27 de julio) cuando ya no era posible la prórroga por haber transcurrido el plazo inicial. Pero es más, pasados los seis meses de la prórroga aún no se había dictado el decreto legislativo. Este se publicó fuera ya de todo plazo en el «BOE» de 2 de febrero de 1963. Este vicio, sin embargo, no fue invocado por el recurrente.

o mandato que se les había conferido a tal fin por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 en su base novena, al introducir en la redacción del artículo 452 bis, *d*), número 1, del Código Penal la figura del encargado de los locales en los que se ejercita la prostitución o la corrupción, figura que no se menciona en dicha base 9.<sup>a</sup> y que, en cambio, se incluye en el citado precepto penal, "texto refundido de 1944", a su vez "texto revisado de 1963", plantea el interesantísimo tema del alcance de la llamada "legislación delegada" respecto a la ley de bases de que dimana y que no puede ser rebasada por aquélla, puesto que a sus principios y orientaciones debe sujetarse el Gobierno para redactar el texto articulado (sentencias de 31 de mayo de 1952 y 15 de octubre de 1952), de suerte que el exceso hace que la norma delegada incurra en *ultra vires* por falta de cobertura de la ley de delegación, lo que a su vez conlleva el tema no menos delicado de la posibilidad de control judicial de un tal exceso, posibilidad que ya ha sido admitida por la jurisprudencia contencioso-administrativa para los supuestos de "textos refundidos" (sentencias de 18 de febrero, 9 de marzo y 18 de marzo de 1970 de la Sala 3.<sup>a</sup>, que elevan a doctrina general lo que sólo excepcionalmente había acogido la sentencia de 19 de enero de 1970 de la Sala 5.<sup>a</sup>); doctrina que igualmente, y con mayor razón, debe acogerse en el campo penal, dado el imperio en el mismo del principio de legalidad que obliga a una interpretación estricta de los tipos penales, los que, por tanto, deben ser fiel reflejo de la ley de bases o delegante en la ley delegada o texto refundido, pues si esta última norma va más allá (*ultra vires*) de lo permitido por la primera, vulnera el rango normativo y se convierte en simple reglamento sujeto como tal al control jurisdiccional, según establece el artículo 7,1 de la aún vigente LOPJ de 1870, y ha tenido ocasión de estimar esta misma Sala en tal caso de conflicto entre ley y reglamento (sentencia de 11 de junio de 1971); todo lo cual nada tiene que ver, por supuesto, con una declaración general de anticonstitucionalidad de la norma, vedada a los Tribunales ordinarios, sino simple potestad para dejar de aplicar una ley en el caso concreto justamente por rebasar los límites de una ley superior de la que dimana, según lo razonado anteriormente.

CDO.: Que siendo cierto que el Decreto de 18 de marzo de 1963 aprobando el CP, texto revisado de 1963, en cumplimiento de la Ley de Bases 79/1961, de 25 de di-

ciembre, que autorizaba al Gobierno para revisar el "texto refundido de 1944", en su base 9.<sup>a</sup>, párrafo 4, establece que: "De acuerdo con los principios informadores de los convenios internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participan, a sabiendas, en la financiación de locales en los que se ejerciere la prostitución o cualquier otra forma de corrupción, así como a las personas que, también a sabiendas, sirvieran a los mencionados fines en los referidos locales", tal mandato no fue trasladado con entera fidelidad al número 1, artículo 452 bis, d), CP, texto de 1963, puesto que añade al dueño, gerente y administrador la del "encargado" del local, que no figura en la base mencionada, excediendo así la autorización delegante para configurar el sujeto activo del delito, el que, obligatoriamente, sólo puede estar constituido por las tres dichas personas situadas al frente del local o las que participan en su financiación o sirvan a los mencionados fines en el mismo, siendo de advertir que ya la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1963 puso de relieve las discrepancias entre la ley de bases y el decreto que la desarrolló, al observar que "no sólo se trata de una nueva distribución sistemática (verdadero objeto de la reforma), sino de modificaciones, en algunos casos agravatorias".»

No obstante lo cual la Sala declaró que no era procedente estimar el recurso en virtud del principio de «pena justificada» (3) que rige en la casación penal, dado que a la recurrente le había sido impuesta la pena prevista en ese precepto, en su grado mínimo, pena que coincide con la que corresponde a los «servidores» del local.

Pero con independencia de que la aplicación de ese principio haya impedido la estimación formal del motivo alegado, los dos considerandos transcritos de la sentencia contienen una impecable aplicación de la técnica del control judicial de los decretos legislativos. En ellos queda claro el alcance de los vicios de *ultra vires* en la delegación legislativa, así como la técnica de la «no aplicación» de los preceptos que los padezcan. También queda clara la diferencia que existe entre la declaración de inconstitucionalidad de una norma y la potestad para dejar de aplicar una norma con rango de ley «cuando ésta reba-

(3) El principio de *pena justificada* en la casación penal significa, según la *sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.<sup>a</sup>) de 8 de abril de 1976 (Aranzadi, 1648)* que «las cuestiones que se planteen jurídicamente en casación por la vía de la infracción de ley, tienen que tener repercusión en la modificación calificativa, favoreciendo a la parte que recurre, y si el posible beneficio afecta a la pena pudiendo rebajar el contenido de ésta, porque cuando no pueda ni deba realizarse la rebaja, por ser justa la sanción decretada, opera el principio de pena justificada que impedirá tomar en estima la pretensión casacionalmente puesta en juego».

sa los límites de una ley superior de la que dimana». Y todo esto no sólo en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también en el de las demás jurisdicciones.

### III. CONCLUSIONES

1. Parece claro, pues, que la infracción de una ley que motiva un recurso de casación (art. 1.692, 1.º, de la LEC, o art. 849, 1.º, de la LECR) se puede producir tanto por la aplicación en una sentencia de un decreto legislativo ilegal, como por aplicación de una norma reglamentaria ilegal.

2. En ambos casos la norma infringida no es, naturalmente, ni el decreto legislativo ilegal ni el reglamento ilegal, sino la ley que uno y otro infringen: a) En el supuesto de los decretos legislativos, la norma infringida es la ley delegante, esto es, la ley de bases en el caso de un texto articulado, o la ley autorizante en el caso de un texto refundido. b) En el supuesto de reglamentos ilegales, la norma violada es la ley que el reglamento infringe.

3. Por tanto, la doctrina jurisprudencial según la cual «las disposiciones administrativas no pueden servir de base al recurso de casación», no impide que en un recurso de esta naturaleza se examine si la infracción de una ley se ha cometido por aplicación de un decreto legislativo ilegal o de un reglamento ilegal. La violación en que se funda el recurso es la violación de la ley delegante o la de la ley remitente. Y la violación consiste en que la sentencia recurrida ha aplicado un decreto legislativo ilegal o un reglamento ilegal, con lo que ha producido la misma infracción que si hubiese infringido directamente la ley delegante o la ley remitente. La única limitación que aquí rige consiste en que la naturaleza de la ley infringida permita el recurso civil o penal de que se trate (ley sustantiva de derecho privado o ley sustantiva penal).

4. Una vez que la Sala competente del Tribunal Supremo ha estimado el motivo por infracción de la ley delegante o de la ley remitente («primera sentencia»), debe declarar en su «segunda sentencia» la inaplicación de la norma ilegal y la aplicación, en cambio, de la norma infringida.

5. Además en su «segunda sentencia», la Sala del Tribunal Supremo no está vinculada por la regla de que sólo puede estimar infracciones de leyes sustantivas privadas (casación civil) o de leyes sustantivas penales (casación penal), sino que al ocupar la posición de juzgador de instancia, puede apreciar la ilegalidad de cualquier norma (decreto legislativo o reglamento) aplicable a la cuestión controvertida, aunque ésta no sea aquella que dio origen a la infracción, motivo de recurso (*iura novit curia*).

6. El control de legalidad de los decretos legislativos reproduce:  
a) Por la vía de su «inaplicación» cuando cualquier juez o Tribunal ad-

viertan que padecen del vicio de *ultra vires*; b) y por la vía de su declaración de nulidad en un recurso contencioso-administrativo directo o indirecto.

7. Por otra parte, «las leyes de delegación podrán establecer, en cada caso, fórmulas adicionales de control» (art. 82,6 de la Constitución) (4).

8. El control de la legalidad de los decretos legislativos es esencialmente distinto del control de constitucionalidad de las normas legales. El control de constitucionalidad de un decreto legislativo presupone que ese decreto legislativo tiene rango de ley, lo cual sólo sucede cuando se ha dictado dentro de los límites materiales y formales de la ley delegante. Cuando esto no sucede, el decreto legislativo no tiene rango de ley y su posible ilegalidad debe ser apreciada por cualquier Juzgado o Tribunal, porque el control del uso de las delegaciones legislativas es, en todo caso, «competencia propia de los Tribunales» (art. 82,6 de la Constitución). Este control es distinto del control de constitucionalidad, porque aquí de lo que se trata es de determinar si el decreto legislativo ha adquirido «rango de ley» por ajustarse a la norma delegante, mientras que en el otro caso de lo que se trata es de determinar si esa norma que es «legal» es, además, constitucional. Por eso la sentencia comentada de 2 de julio de 1980 afirma que el control de legalidad de los reglamentos «nada tiene que ver con una declaración general de anticonstitucionalidad de la norma, vedada a los Tribunales ordinarios, sino que se trata de la simple potestad para dejar de aplicar una ley en el caso concreto, justamente por rebasar los límites de la ley de la que dimana», pues cuando tal sucede «se convierte en simple reglamento» (5).

Fernando SAINZ MORENO

---

(4) La primera ley de delegación que contiene una «fórmula adicional de control» es la Ley 39/1980, de 5 de julio, de bases sobre procedimiento económico-administrativo («BOE» de 24 de julio de 1980), cuyo artículo 2.º dice:

«Las Cortes Generales controlarán la ejecución correcta por el Gobierno de la Delegación Legislativa otorgada en esta ley.

A tal efecto, el Gobierno dirigirá a las Cortes una comunicación sobre el uso que haya hecho de la autorización concedida, que deberá contener el texto íntegro del Decreto legislativo a que se refiere el párrafo primero.

La comunicación seguirá el trámite parlamentario correspondiente, adoptándose las resoluciones que se estimen pertinentes para la convalidación del Decreto legislativo.»

En el momento de redactar este comentario ya se ha publicado el Decreto legislativo correspondiente (Real Decreto legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, «BOE» de 30 de diciembre de 1980), pero las Cortes aún no han hecho uso de su facultad de control.

(5) Y ello porque una norma dictada en uso de una delegación legislativa sólo adquiere rango de ley cuando la delegación se ha ejecutado dentro de sus límites materiales y formales. De manera que cuando esto no sucede, no existe una «disposición normativa con fuerza de ley» (art. 161,1 a) de la Constitución) o «norma con rango de ley» (art. 163 de la Constitución). Vid. sobre esto Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: Prólogo a la 2.ª edición de su *Legislación delegada...* Madrid, 1981, p. XIX.

