

JURIDICIDAD, LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY COMO LIMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO

Por

MANUEL REBOLLO PUIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. SIGNIFICADO EN CUANTO A SU CONTENIDO Y EXTENSIÓN (§§ 1 a 31): I. *Interpretaciones del artículo 97 CE en cuanto a la extensión de la potestad reglamentaria que reconoce* (§§ 3 a 31): A) Necesidad general de habilitación legal (§§ 4 y 5). B) Innecesariedad de habilitación salvo los supuestos de reserva de Ley (§§ 6 a 9). C) Innecesariedad de habilitación para los Reglamentos de organización (§§ 10 a 29): a) Doctrina de la ajuridicidad de los Reglamentos administrativos (§§ 11 a 16). b) Doctrinas que señalaron el ámbito de la reserva legal de intervención en base al concepto de ley material (§§ 17 a 22). c) Doctrina de la materia reglamentaria por naturaleza (§ 23). d) Innecesariedad de habilitación legal para los Reglamentos de organización en base al artículo 97 CE (§§ 24 a 29). D) Innecesariedad de habilitación legal para los Reglamentos de ejecución de Leyes (§§ 30 y 31).—II. *Imposibilidad de deducir del artículo 97 CE los límites de la potestad reglamentaria* (§§ 32 y 33).—LOS PRINCIPIOS DE JURIDICIDAD Y LEGALIDAD COMO LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA (§§ 34 a 49): I. *Planteamiento y precisiones terminológicas* (§§ 34 y 35).—II. *Principio de juricidad y potestad reglamentaria* (§§ 36 a 38).—III. *Principio de legalidad y potestad reglamentaria* (§§ 39 a 49).—LAS RESERVAS DE LEY COMO LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA (§§ 50 a 70): I. *Reserva constitucional de Ley y potestad reglamentaria* (§§ 51 a 59).—II. *Exclusión del Reglamento por Ley* (§§ 60 a 70): A) Prohibición de Reglamentos por decisión de la Ley (§§ 60 y 61). B) La exclusión de Reglamentos como supuesta consecuencia de la aprobación de una Ley y congelación del rango de una materia (§§ 62 a 66). C) La deslegalización propiamente dicha y la llamada deslegalización de materias (§§ 67 a 70).

CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. SIGNIFICADO EN CUANTO A SU CONTENIDO Y EXTENSIÓN

§ 1. El propósito de este trabajo es mostrar la extensión material de la potestad reglamentaria del Gobierno que consagra la Constitución en el artículo 97. Dicho de otra forma, el campo en que éste no requiere Leyes con habilitaciones reglamentarias específicas, aunque eventualmente pueda necesitar, lo que es ya otra cuestión, Leyes previas que aporten, por tanto, algo distinto de una habilitación normativa propiamente dicha. Excluimos, consecuentemente, el estudio de la potestad reglamentaria de otras Administraciones e incluso de otros órganos de la estatal, lo que sólo será aquí considerado incidentalmente y en la medida

que resulte oportuno para delimitar la del Gobierno. Pese a ese preciso objetivo, afloran aquí todos los grandes temas de la potestad reglamentaria y bases útiles para la consideración jurídica de sus distintas manifestaciones y de los diferentes problemas que su estudio plantea. El análisis del significado de una autorización general de potestad reglamentaria, desprovista prácticamente de condicionamientos, que es, en suma, el contenido del artículo 97 CE, exige esa perspectiva amplia.

Tal estudio está justificado pese a que la doctrina ha realizado grandes aportaciones (*). El mismo Tribunal Supremo, en una confesión estimulante, reconoce que «el tema de la potestad reglamentaria de la Administración ha sido y es uno de los más complicados del Derecho Administrativo en general y del español en particular y ello antes como después de la Constitución de 1978...» (1). Los autores admiten igualmente que la Constitución dista de haber dejado definitivamente clarificado el ámbito y los límites de la potestad reglamentaria (2). En cualquier caso, es lo cierto que en este punto la doctrina ofrece soluciones que no infrecuentemente son dispares en aspectos esenciales. La jurisprudencia, a lo sumo, puede mostrar cierta tendencia, aunque sin perfilar sus concretas consecuencias, y, aun así, con sentencias contradictorias que no pueden considerarse excepciones aisladas (3).

Si lo anterior justifica este estudio, también explica la manera de abordarlo. No es fácil aquí partir de unos presupuestos sólidos, de unas soluciones parciales, pero asentadas y admitidas, sobre la extensión de esa potestad reglamentaria. No es posible deducir directamente de ellas los principios inspiradores, el fondo subyacente, y construir una explicación de esa realidad que permita dar solución a los problemas no resueltos, poner de relieve su adecua-

(*) Con posterioridad a la terminación de este trabajo se han publicado interesantes estudios sobre algunas de las materias aquí tratadas y entre los que es imposible no hacer referencia a la monografía de J. M. BANO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Revisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1990, obra capital de cuyas aportaciones no podría hacerse ahora el análisis que merecen sin introducir más modificaciones de las oportunas en este momento.

(1) STS de 16 de diciembre de 1986 (R. Ar. 8111).

(2) Por todos, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, págs. 2547 a 2550.

(3) Sin perjuicio de desarrollarlo aquí posteriormente, ofrece una síntesis de este desconcertante panorama B. COLOM PASTOR, *Reglamentos independientes y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional*, «REDA», núms. 40-41, 1984, págs. 239 y ss.

ción o inadecuación a otros aspectos del ordenamiento y a las circunstancias sociales o detectar las eventuales desviaciones contradictorias. Y ello es así porque, al menos aparentemente, no cabe señalar *a priori* cuál es la línea general y cuáles esas desviaciones o contradicciones. Refiriéndonos sólo a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo sigue, según las sentencias, razonamientos diferentes sustentados sobre presupuestos no sólo distintos sino, a veces, antagónicos. Esto obliga a realizar una labor más creativa o, quizá, mejor, a un análisis más profundo de esa realidad jurídica que, pasando incluso por encima de esa diversidad, muestre los puntos comunes y de encuentro.

En cualquier caso, lo que no es posible es articular una tesis puramente lógica de la potestad reglamentaria sobre la exclusiva base de los presupuestos constitucionales. No se puede prescindir de esa realidad jurídica, de ese Derecho realmente aplicado, de la jurisprudencia, de las manifestaciones del ejercicio cotidiano de la potestad reglamentaria y de la explicación que a todo ello pretende dar la doctrina. Laten en ello, pese a las contradicciones e incertidumbres, las convicciones arraigadas sobre lo que es debido conceder a la potestad reglamentaria en la Administración actual y de lo que es posible otorgarle conforme a los principios y valores que, formulados o no, conectados expresamente o no con el problema concreto que nos ocupa, se considera que deben ser preservados. Quizá en este plano se encuentre mayor proximidad, aunque para llegar a las soluciones concretas se sigan diferentes vías al no encontrar una capaz de expresar de manera general el punto de equilibrio por todos buscado y no situado, en realidad, por unos y otros, en muy diferente lugar.

De lo dicho se deduce un último condicionante que conviene destacar. Se ha pretendido, sobre todo, que las conclusiones aportadas sean, en la medida de lo posible, concordantes con esa realidad jurídica, aun dentro de la incertidumbre que presenta. Se ha buscado deliberadamente la máxima proximidad posible a lo que se ha creído poder considerar un común denominador a las diferentes doctrinas y líneas jurisprudenciales al respecto, sobre todo en lo que se refiere a sus conclusiones prácticas, aunque, precisamente para ello, nos vemos obligados a veces a apartarnos de sus razonamientos, a rechazar algunos de sus presupuestos y, en su caso, a aportar otros que explican mejor las soluciones que vienen admitiéndose.

§ 2. Ni la potestad reglamentaria ni los interrogantes que aquí suscita son exclusivos de nuestro actual Derecho. Sí puede afirmarse que, en general, el Derecho comparado ofrece hoy mayor claridad sobre la extensión y significado de la potestad reglamentaria. Con todo, el debate está vivo y fue especialmente intenso y sugestivo en otros momentos, de manera que todas las grandes construcciones del Derecho Público han realizado en este punto aportaciones fundamentales. No sólo es legítimo sino obligado, como en tantos otros casos, acudir a doctrinas y criterios acuñados sobre otros textos constitucionales para interpretar el nuestro, máxime cuando, como en este tema ocurre, se afecta a aspectos fundamentales del Estado, de la Administración y de su relación con los otros poderes y los ciudadanos; y cuando las expresiones —y también los silencios constitucionales— tienen una carga histórica y dogmática tan profunda (4).

Sin embargo, es necesario desde ahora precaverse contra ciertos excesos. Debe notarse que, aun en un tema tan central como el de la potestad reglamentaria, hay diferencias no insustanciales entre Estados democráticos de Derecho e, incluso, con «régimen administrativo». No hay una única solución ajustada al Estado democrático de Derecho, ni al «régimen administrativo»; y si ello es así, no está justificado trasplantar la de esos países —que será probablemente la de uno sólo de ellos— al nuestro sin ni siquiera comprobar que los presupuestos positivos en que se asentaron o las tradiciones incontestadas que las justificaban no aparecen aquí (5). Frente a ello, el punto de partida y de confrontación continua debe ser nuestro Derecho Constitucional. Ahora bien, su estudio e interpretación no puede prescindir, sin caer en graves errores, de la historia de las ideas, de la evolución general del pen-

(4) Tal forma de proceder está tanto más justificada a medida que la cuestión se adentra y enraiza en los aspectos básicos de la configuración jurídica del Estado, pues, como afirmara O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, trad. esp. H. Heredia y E. Krotoschin, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, tomo 1, pág. 69, «la comunidad de espíritu de la familia de las naciones europeas no se manifiesta quizá en ninguna parte tan bien como en la historia común de sus ideas sobre el Derecho público», y, entre ellas, las relativas a la potestad reglamentaria ocupan, por su conexión con elementos esenciales del Estado de Derecho, como la división de poderes, el principio de legalidad, la situación del ciudadano frente a la Administración..., un lugar central.

(5) También esto puede a veces encubrir «actitudes personales... proclives, bien al Parlamento, bien a la Administración», y que denuncia C. STARCK, *El concepto de Ley en la Constitución alemana*, trad. esp. L. Legaz, Madrid, 1979, pág. 397, pues apoyarse, como dato fundamental, en una de las soluciones del Derecho comparado puede no ser mucho más que dar un apoyo a una tesis previamente decidida y para la que no se encuentra ningún fundamento en nuestro Derecho.

samiento jurídico en este punto y de las doctrinas que han explicado y orientado el Derecho positivo en este tema capital (6). Sin esto, una exposición de los preceptos constitucionales que afectan a la potestad reglamentaria, de las diversas interpretaciones que aporta la doctrina española y de las soluciones jurisprudenciales, resulta sencillamente ininteligible, entre otras cosas, porque hay una continua y necesaria interferencia de aquellas construcciones. Con esas limitaciones serán también aquí manejadas, pero nunca como objeto de estudio en sí mismas, ni como solución a los interrogantes de nuestro Derecho, sino como medio que, junto con otros, coadyuva a lograr esa solución.

I. *Interpretaciones del artículo 97 CE en cuanto a la extensión de la potestad reglamentaria que reconoce*

§ 3. El artículo 97 CE se ocupa de la potestad reglamentaria limitándose a señalar que la ejerce el Gobierno «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Tan parca regulación, aisladamente o en conexión con otros preceptos constitucionales, permite, ha permitido de hecho, interpretaciones muy diversas. Nos ocuparemos en primer lugar de exponerlas. No se trata tanto de analizar las que efectivamente se han perfilado, que en ocasiones ofrecen matices muy interesantes, como de sistematizar en abstracto las grandes líneas a las que pueden reconducirse. Sólo así cabe sentar las bases para la resolución de los problemas que se plantean y no quedar únicamente en la descripción de los problemas mismos. Es preferible, aun sacrificando el exacto desarrollo de cada postura doctrinal o jurisprudencial, utilizarlas como referencias concretas de las grandes tesis generales que al respecto cabe sostener. Estas, en nuestro Derecho y a la vista del artículo 97 CE, parecen ser casi todas las que alguna vez se han mantenido en torno a la potestad reglamentaria.

Desde esta perspectiva, las soluciones pueden reconducirse a uno de estos cuatro grupos:

A) Es necesaria siempre una habilitación legal que permita a la Administración dictar Reglamentos, pues el artículo 97 no ofrece base bastante (§§ 4 y 5).

(6) Vid. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pág. 129.

B) En principio, no es necesaria habilitación legal porque el artículo 97 CE es suficiente. No hay más límites a la potestad reconocida en ese artículo que aquellos que se derivan de la Constitución cuando reserva determinadas regulaciones a la Ley y, a lo sumo, los que se funden en el principio de jerarquía (§§ 6 a 9).

C) Además de los límites reconocidos en la tesis anterior, es necesaria habilitación legal al Reglamento para cualquier materia distinta de la organización administrativa, pues sólo ésta permite regular, sin ninguna otra habilitación complementaria, el artículo 97 de la Constitución (§§ 10 a 29).

D) El artículo 97 CE permite exclusivamente la aprobación por el Gobierno de Reglamentos para la ejecución de las Leyes; cualquier otra regulación reglamentaria exigiría habilitación legal (§§ 30 y 31).

A) *Necesidad general de habilitación legal.*

§ 4. Acoger en nuestro Derecho la primera de las soluciones enumeradas no plantea sólo, ni necesariamente, el problema previo de admitir un principio de legalidad en su formulación más radical y pura (vinculación positiva a la Ley y no a cualquier otra fuente del Derecho), perspectiva desde la que, efectivamente, ha sido sostenida en ocasiones (7). Exige, además, considerar que el

(7) Vid. J. SALAS HERNÁNDEZ, *Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos (algunas reflexiones sobre su respectivo contenido y límites)*, «REDA», núm. 21, 1979, pág. 270. Las ideas ahí expuestas las desarrolla también en *Los poderes normativos de la Generalidad de Cataluña*, «REVL», núm. 205, 1980, págs. 50 a 52.

J. M. SALA ARQUER, «Las bases constitucionales de la Administración del Estado: Ley y Administración en la Constitución de 1978», en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, Madrid, 1979, págs. 1787 a 1793. De manera parecida al anterior, muestra la influencia de D. JESCH y, siguiendo el método utilizado por éste para Alemania, deduce de la estructura constitucional española una reserva legal que opera frente a toda actividad administrativa, «incluida la que se realiza en ejercicio de la potestad reglamentaria», y que impone «exigencia de apoderamiento legal» (pág. 1787); aunque la práctica pareciera contradecirla: «La necesidad de apoderamiento legal es... un postulado teórico que sería absurdo rechazar en base a que en la práctica el Parlamento es dócil al Gobierno» (pág. 1789). Pese a lo rotundo de algunas de sus afirmaciones, no es fácil saber si incluye en la necesidad de habilitación legal a un Reglamento puramente organizativo. Así podrá deducirse de su no exclusión expresa y de la inclusión de los que afecten a relaciones de sujeción especial (págs. 1792-1793), próximas a lo organizativo. Pero todo su trabajo parece preocupado exclusivamente por ampliar la reserva legal a la Administración de prestación y no a la organización, tal y como hace JESCH. De hecho, éste, en su obra *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. esp. M. Heredero, Madrid, 1978, pág. 2, nota 1, comienza por aclarar que

artículo 97 CE no contiene ya una habilitación de potestad reglamentaria que tenga eficacia directa, sino tan sólo el reconocimiento de la constitucionalidad de las que establezcan las Leyes, idea ésta a la que prestaría supuesto apoyo la expresión «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Es exclusivamente esto lo que a veces se ofrece como soporte de la conclusión analizada (8) y no

«se excluye... de la investigación lo referente a la amplitud de la reserva legal dentro del Derecho de la organización». Lo cierto es que SALA formula en dos ocasiones la reserva de Ley general y en cada una de ellas parece tener una extensión distinta: «La exigencia de apoderamiento legal debe entenderse referida a todo el conjunto de la actividad administrativa afectante —directa o indirectamente: intervención o prestación— a los *derechos de los particulares*» (pág. 1787) (la cursiva es nuestra, y pone de relieve que no parece estar incluyendo a Reglamentos de organización); la Administración y el Gobierno desarrollan «una auténtica función ejecutiva, en la medida en que *toda actividad administrativa...* se halla sometida no sólo a la primacía de la Ley, sino al requisito del apoderamiento legal» (pág. 1788) (la cursiva, nuestra, demuestra que incluiría al Reglamento de organización).

También aquí podría citarse, aunque con matices diferenciadores de interés, a J. M. RODRÍGUEZ OLIVER, «La consagración constitucional del principio de legalidad como límite para las normas aprobadas por la Administración», en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes...*, op. cit., III, págs. 1711 y ss. A. GARRORENA MORALES está próximo a esta línea, pero sus correcciones respecto a los Reglamentos de organización le separan de ella. Véase la nota 94. Otros, más que una Ley habilitante, exigen una Ley previa con una regulación material que el Reglamento desarrollará aunque no tenga apoderamiento específico. Por ello, pese a ciertas similitudes, tienen un significado radicalmente distinto de las doctrinas ahora consideradas. Vid. *infra*, §§ 30 y 31.

A nosotros nos parece que ni siquiera la eventual consagración del principio de legalidad más radical (vid. § 46) permite concluir, sin más, que todo Reglamento necesite una habilitación legal. Porque incluso las concepciones más radicales de tal principio admiten la eficacia de los apoderamientos generales, y en particular de los contenidos en las Constituciones, que permitirían, por lo pronto, el desarrollo reglamentario de Leyes de ejecución administrativa. Lo demuestran de manera rotunda A. MERKL y R. CARRÉ DE MALBERG, que, poco sospechosos de haber olvidado el principio de legalidad administrativa o de rebajar su significado y exigencias, admitían, sin embargo, que los apoderamientos constitucionales de potestad reglamentaria permitían ya dictar reglamentos sin necesidad de que las Leyes revalidaran en cada caso la habilitación. Así lo comprobaremos posteriormente. Vid., en especial, nota 99.

(8) Es esto lo que parecen entender J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1982, págs. 224-225: «Si la potestad reglamentaria ha de ejercitarse *de acuerdo* con lo dispuesto en las Leyes tendrá que existir, al menos, una cláusula de autorización con rango de Ley para que la Administración pueda entrar a regular una determinada materia.» Sobre la base del artículo 97 CE, entienden que «resulta impensable admitir la existencia... de Reglamentos *praeter legem*» (pág. 224); que «los reglamentos sólo podrán producirse en aquellos casos en que una Ley así lo autorice» (pág. 202), etc. Y todo ello con independencia de que la materia sobre la que versen esté o no reservada por la Constitución a la Ley, pues esto produce unos efectos distintos y, sobre todo, referidos a la relación material entre la regulación legal y reglamentaria, no a la existencia de habilitación, que parece general. Vid. págs. 231, 246 y 247, fundamentalmente. Sin embargo, en otros pasajes parecen admitir Reglamentos sin habilitación legal específica, aunque sólo para desarrollar una Ley previa. Vid. sobre ello la posterior nota 98.

En esta línea debería observarse que el «acuerdo con la Constitución y las leyes» se predica, tal como está redactado el artículo 97 CE, no sólo de la potestad reglamentaria, sino de toda la función ejecutiva, por lo que, de intentar deducirse de aquí una necesaria habilitación legal para cada Reglamento, quizá fuera obligado deducirla para todo lo demás.

parece que, realmente, tal interpretación, pretendidamente literal, constituya un sólido soporte.

§ 5. Por una vía, por otra o por ambas se llega, en suma, a negar a la Administración, como poder propio, la potestad reglamentaria. Y ello, aparte de resultar ajeno a nuestra tradición y a la de cualquiera de los ordenamientos de influencia en el nuestro, además de basarse en una forzada interpretación constitucional o en una inadmisibles negación de su eficacia directa, es mayoritariamente rechazada, contraria a una jurisprudencia que al menos en este punto es unánime (9) y, en el fondo, no sostenida hasta sus últimas consecuencias ni por quienes la aceptan como principio (10).

(9) Ninguna sentencia, salvo error u omisión por nuestra parte, apoya esta solución. Algunas sentencias se pronuncian en términos que podrían conducir a equívocos; por ejemplo, las SSTS de 28 de enero y 16 de febrero de 1986 (R. Ar. 71 y 1436), en las que se afirma que el Reglamento «no puede discurrir... sino *secundum legem*», pues con ello sólo pretenden excluir el *contra legem*, pero no el *praeter legem*, como se desprende del conjunto. Más confusa es la sentencia TS de 17 de diciembre de 1982 (R. Ar. 8039), en tanto que proclama que la potestad reglamentaria no es autárquica ni esencialmente originaria. Pero, aunque no del todo clara, su sentido no es el de exigir habilitaciones legales, sino cierta conexión entre el contenido del Reglamento y el de las Leyes (vid. nota 102).

Por el contrario, la jurisprudencia desmiente la esencia misma de esta solución en tanto que proclama siempre, a veces incluso prescindiendo de invocar el artículo 97 CE, que la potestad reglamentaria es «privativa de la Administración por la propia naturaleza y función de ella» (STS de 31 de mayo de 1986, R. Ar. 4603), que es «inherente a la Administración» (STS de 7 de junio de 1986, R. Ar. 4720), «inherente a su condición» (STS de 17 de noviembre de 1983, R. Ar. 6055)... Nos parece que aquí hay cierto exceso porque podría entenderse que estas declaraciones parten de considerar que el Reglamento es materialmente distinto de la Ley, con lo cual podría explicarse que, en un Estado con división de poderes, dictar Reglamentos es «inherente a la Administración».

Pero lo que en todo caso queda claro, no sólo en esas sentencias, sino en otras que se pronuncian más matizadamente, es que la jurisprudencia reconoce una potestad reglamentaria *propia*, y como mínimo tal significado hay que dar al artículo 97 CE, por lo que exigir siempre habilitación legal carece de fundamento.

(10) Sorprende, por ejemplo, que J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA entiendan que con la deslegalización «se devuelve a la Administración lo que en principio ya le estaba atribuido como ámbito de su potestad reglamentaria» (*Principios...*, I, pág. 109), porque, para su construcción, nada tendría de antemano.

En otro orden de cosas, cabe preguntarse cuál es el significado del artículo 97 CE si no es ya él mismo una habilitación reglamentaria. La respuesta más lógica es que tal artículo hace constitucionalmente posible que las Leyes autoricen a dictar Reglamentos al Gobierno. Pero entonces habría que entender, creemos, que, a falta de otra previsión, sería inconstitucional la Ley que autorizara a dictar un Reglamento a otro órgano de la Administración del Estado, lo que no creemos que mantengan estos autores. Aunque el TS así lo sostuvo en algunas sentencias (25 de enero, 12 de julio, 15 de octubre y 22 de noviembre de 1982, R. Ar. 42, 4740, 5769 y 7301; 9 y 30 de marzo de 1984, R. Ar. 1287 y 1639; 17 de octubre de 1985, R. Ar. 6285; 12 de abril de 1989, entre otras), no era una jurisprudencia consolidada (así, en contra, SSTS 22 de octubre de 1981, R. Ar. 4634; 4 de febrero de 1982, R. Ar. 834; 16 de junio de 1984, R. Ar. 3613, y otras) y hoy parece definitivamente superada tras la STC 13/1988, de 4 de febrero, que admite incluso que el

B) *Innecesidad de habilitación salvo los supuestos de reserva de Ley.*

§ 6. La segunda de las soluciones enunciadas parte de reconocer en el artículo 97 CE una habilitación general para el ejercicio de potestad reglamentaria. El mismo punto de partida pudiera ofrecer para Administraciones distintas de las del Estado cualquier otro reconocimiento general de potestad reglamentaria aunque contenido en una Ley y no en la Constitución, o, a falta de ello, la admisión de una costumbre constitucional en tal sentido, como de hecho se admitió en otros momentos (11). Pero lo espe-

Gobierno confiera a otros órganos inferiores potestad reglamentaria (fundamento 4.º), por lo que con mayor razón podrá hacerlo la Ley. Sobre aquella línea jurisprudencial anterior, vid. J. L. LÓPEZ GONZÁLEZ, *La potestad reglamentaria de los Ministros*, «REDA», núm. 34, 1983, págs. 609 y ss.; P. BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, *La titularidad de la potestad reglamentaria*, «Poder Judicial», núm. 1, 1986, págs. 101 y ss. Vid., asimismo, A. GARCÍA CUADRADO, *El gobierno por Orden Ministerial*, Pamplona, 1986, págs. 228 a 230. Ahora, a la inversa, cabe sostener un argumento más en contra de la idea de que, pese al artículo 97 CE, el Reglamento necesita siempre habilitación legal: si cualquier órgano puede contar con ella, el artículo 97 CE tiene que suponer algo más, pues no cabe sostener que, pese a su consideración constitucional especial en cuanto a la potestad reglamentaria, el Gobierno acabe situado a este respecto en la misma situación. Pero todo esto exige un desarrollo más pormenorizado. Ahora sólo interesaba apuntar su contradicción con esta primera interpretación posible del artículo 97 CE.

(11) Este es un fundamento que siempre ha aparecido cuando no se encontraban suficientes apoyos constitucionales expresos y no se aceptaban las soluciones alternativas derivadas de que la función ejecutiva comprende la ejecución mediante normas o de que la discrecionalidad permite la regulación reglamentaria.

A falta de todo lo anterior, se invoca alternativamente o un apoderamiento implícito o una costumbre constitucional. Esto último es lo que domina en DUGUIT, MEUCCI o ROYO-VILLANOVA, aunque no siempre para justificar todas sus posibilidades, sino sólo algunas de sus extensiones. Vid. L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1924, IV, págs. 661 y ss., en especial 663; A. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, 24.ª ed., corregida por S. Royo-Villanova, Valladolid, 1955, tomo I, págs. 68 a 70.

En España, esta idea ha jugado un papel fundamental. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, pag. 36, nota. 2.

Curiosamente, todavía la STS de 28 de enero de 1986 (R. Ar. 71) se encarga de recordar que «autores del máximo prestigio se han atrevido a decir que, aunque la Constitución escrita nada precisase, habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de "una costumbre constitucional inequívoca"...».

Sin entrar en esto, que no nos afecta por la proclamación del artículo 97 CE, todo lo anterior pone de manifiesto que, en el fondo, no se ha dudado de la existencia de una potestad reglamentaria propia. Además, para Administraciones distintas de las del Estado, pero con una posición institucional semejante, serviría para justificar, en su caso y ante la existencia de autorizaciones generales expresas, igual potestad en manos de los órganos que se sitúan en ellas en la misma posición que el Gobierno. Aunque, como se vería en el supuesto de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, en los que no cabe invocar verdaderamente una costumbre constitucional, se trataría más bien, a falta de previsiones explícitas, de una habilitación implícita conforme a la tradición del régimen administrativo.

cífico de esta doctrina no es reconocer a la potestad reglamentaria como un poder propio y general de la Administración, no nacido de singulares delegaciones legislativas, pues ello también se admite desde puntos de vista y con conclusiones diferentes. Lo que la caracteriza es que deriva de esa potestad una competencia normativa igualmente general que no necesita de nueva Ley habilitante, salvo excepciones. Dichas excepciones derivan fundamentalmente de los preceptos constitucionales que reservan una regulación a la Ley; también las que son resultado de la jerarquía normativa y, concretamente, de la superioridad de la Ley, entre las cuales se incluye, aunque no siempre, lo que pudiera llamarse reserva de Ley en sentido formal, según una terminología generalizada en España.

En nuestra doctrina y jurisprudencia está extendida esta solución, pero, en realidad, lleva a soluciones muy distintas según la amplitud que se dé a estas excepciones (12).

(12) Esta tesis no está exenta de precedentes en la doctrina española; vid. J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, 1978, pág. 179. Pero, centrándonos en la relativa a la vigente Constitución, cabe incluso sostener que es mayoritaria. Pueden ser incluidos aquí GALLEGU ANABITARTE, GARRIDO FALLA, LEGUINA VILLA, DE OTTO, BAENA DEL ALCÁZAR, SÁNCHEZ AGESTA, ALONSO OLEA, entre otros (véase la siguiente nota 13); y también, aunque con una concepción más amplia de la reserva de Ley, SANTAMARÍA PASTOR, FERNÁNDEZ FARRERES, GÓMEZ-FERRER y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (véase nota 15).

El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en esta línea. Representativa de ello es la sentencia de 2 de diciembre de 1986 (R. Ar. 7103): «... que la competencia o potestad reglamentaria genérica» que encuentra su base para el Gobierno en el artículo 97 CE es «distinta... de la que es mera ejecución de las Leyes, al no poder ser calificados de ejecutivos aquellos Reglamentos dictados en el ejercicio de esa potestad reglamentaria genérica y que son denominados independientes autónomos o *praeter legem*. Estos Reglamentos no se fundamentan en una previa habilitación legal... no teniendo más límites la aludida potestad reglamentaria genérica que los derivados del obligado respeto al bloque de la legalidad formal, y que el ejercicio de dicha potestad reglamentaria no se realice respecto de asuntos o materias que la Constitución haya reservado a la Ley».

En el mismo sentido, SSTs de 11 de junio de 1980 (R. Ar. 3177), 22 de octubre de 1981 (R. Ar. 4634), 4 de febrero de 1982 (R. Ar. 834), 10 de marzo de 1982 (R. Ar. 1245), 10 de diciembre de 1982 (R. Ar. 7955), 16 de junio de 1984 (R. Ar. 3613), 18 de marzo de 1985 (R. Ar. 1621), 12 de noviembre de 1986 (R. Ar. 8063). Aunque inmediatamente anterior a la Constitución, es también interesante la de 23 de julio de 1978 (R. Ar. 2822).

En otras sentencias late, junto a la doctrina general sobre la potestad reglamentaria aquí analizada, la noción de poder de policía que reforzaría, según ciertas construcciones, la posibilidad de dictar Reglamentos al margen de habilitaciones legales específicas. Vid., por ejemplo, SSTs de 9 de diciembre de 1988 (R. Ar. 6708), 30 de noviembre de 1983 (R. Ar. 6849), 9 de marzo de 1985 (R. Ar. 1500) y, sobre todo, la de 29 de octubre de 1985 (R. Ar. 5328), en la que explícitamente la idea de policía sustenta la admisión del reglamento enjuiciado. Un rechazo completo de ello, en E. GARCÍA DE ENTE-RRÍA, *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, «REDA», núm. 5, 1975, págs. 203 y ss. Aquí sólo nos interesa dejar constancia de que también

§ 7. En cuanto a las derivadas de las exigencias constitucionales de Ley para determinadas regulaciones, se plantea inmediatamente la cuestión de la extensión de la reserva de Ley o reserva en sentido material, como es comúnmente denominada. Cuando, apegados a la letra de la Constitución, se determina esa extensión en base a las expresas exigencias de Ley contenidas en sus distintos preceptos, sin atender a ningún otro factor, el campo en que la potestad reglamentaria sin específica habilitación legal puede desplegar sus efectos es amplio (13). Debe hacerse notar aquí que esa reducida excepción que para estas construcciones supone la reserva de Ley tiene en común con las doctrinas clásicas de la reserva de Ley poco más que el nombre. Sobre ello insistiremos luego (14), pero conviene anticipar ya que la clásica reserva de

ciertas concepciones de la policía justifican en la doctrina y, por lo que ahora nos ocupa, en la jurisprudencia la idea de que el Gobierno puede dictar Reglamentos sin más límites que los derivados de la jerarquía y de la reserva constitucional de Ley.

(13) El desarrollo más completo de este punto de vista lo realiza I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, quien es quizá, además, el más radical: reconociendo amplios efectos directos al artículo 97 CE (pág. 122; incluso en favor de los Ministros) y, tras rechazar posibles límites derivados del principio de legalidad (págs. 157 a 160 y 240-241) o la existencia de una materia reglamentaria (págs. 216 y 217), no admite más límites a la potestad reglamentaria que los de las reservas constitucionales de Ley y la congelación de rango, y, aun así, interpretándolos restrictivamente; respecto a la reserva de Ley, vid. págs. 151 a 156 y 299 a 232; sobre la congelación de rango, vid. nuestra posterior nota 324.

Explicito es también J. LEGUINA VILLA, *Principios generales del Derecho y Constitución*, núm. 114 de esta REVISTA, 1987, pág. 28, para quien «admitidas las dos excepciones anteriores [se refiere a las reservas constitucionales de Ley y a las materias que han sido objeto de regulación legal]... nada impide que el Gobierno haga uso del poder reglamentario que la Constitución le otorga para regular las restantes materias...». No entraremos ahora en si esta conclusión es contradictoria con la concepción del principio de legalidad como vinculación positiva a la «legalidad parlamentaria» que acoge en pág. 26.

A. GALLEGO ANABITARTE, «Comentario al artículo 97. Las funciones del Gobierno», en la obra dirigida por O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a las Leyes políticas de España. Constitución Española*, T. VIII, Madrid, 1985, mantiene básicamente la misma línea, dadas las posibilidades que concede al Reglamento *praeter legem*; por tal entiende una «regulación administrativa *ex novo* de una materia, sin mandato, previsión o existencia de ley» (pág. 71); por tanto, sin habilitación legal, bastando el artículo 97 CE (vid. págs. 81-82). A tal Reglamento permite regular «todas las materias no expresamente atribuidas a la ley... y que no han sido reguladas por ella...» (pág. 81).

Más matizadamente, F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10.ª ed., Madrid, 1987, I, ya que se refiere a «límites que derivan de la propia naturaleza de los Reglamentos» (pág. 240). Pero quizá, salvo el no entrar en el campo jurídico-privado (vid. la posterior nota 139), éstos sean reconducibles al respeto a la Ley, junto a lo que sólo reconoce la reserva de Ley ordinaria y orgánica (págs. 236, 240 y 241). Todo ello parece congruente con sus argumentos contra la vinculación positiva de la Administración a la Ley (vid. nuestra nota 122).

Vid., también, M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Reserva de Ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española», en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, op. cit., I, págs. 289, 304 y 305; L. SÁNCHEZ AGESTA, «La jerarquía normativa en la Constitución de 1978», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, op. cit., III, pág. 1906.

(14) Vid. *infra*, especialmente §§ 42, 44 y 51.

Ley cubría toda la libertad genérica del individuo y no sus concretas manifestaciones configuradas como derechos subjetivos directamente en la Constitución. Y es a esto último, además de a aspectos concretos, a lo que se reduce por esta vía interpretativa la reserva de Ley.

Por el contrario, otros autores se sitúan en el mismo punto de partida, pero, con una concepción más amplia de la reserva de Ley basada, según los casos, en una simple interpretación extensiva del artículo 53.1 CE o en factores históricos e institucionales de más alcance (15), llegan a conclusiones muy diferentes y mucho más restrictivas de las posibilidades del Reglamento sin específica habilitación legal. De tal forma ocurre que por esta vía se llega incluso a conclusiones prácticas muy semejantes a las de lo organizativo o doméstico como única materia reglamentaria sin necesidad de Ley. Tal aproximación constituye, como veremos (16), un intento históricamente repetido y por ello, sólo por ello, comprensible. Lo cierto es que, arraigada en la concepción originaria de la reserva de Ley, ésta cubriría en España no sólo lo especialmente previsto en la Constitución, sino la libertad genérica del individuo. Sin embargo, los efectos de la reserva de Ley en nuestro Derecho son más intensos que los de aquella reserva clásica (17).

§ 8. Por lo que se refiere a las excepciones conectadas con la jerarquía, el punto conflictivo se encuentra en la admisión y signi-

(15) Sobre todo, debe citarse aquí a J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, I, págs. 781 y ss., que entiende existe «una reserva general de ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídico-personal de los ciudadanos... que se deriva del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad...».

G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, también se sitúa en esta línea en tanto que admite Reglamentos sin habilitación legal, esto es, fundados directamente en el artículo 97 CE, con tal que no entren en materias reservadas por la Constitución o por la congelación de rango (págs. 476, 507 y 508), coincidiendo con GARRIDO FALLA, como afirma en pág. 509; pero da un sentido muy amplio a la reserva del artículo 53.1 CE, basándose, sobre todo, en la autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA (págs. 511 y 512).

Aunque con conclusiones muy restrictivas para el Reglamento, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución», en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes...*, I, págs. 117 a 126, también entiende que el Gobierno puede dictar Reglamentos sin habilitación legal en base al artículo 97 CE, salvo reserva constitucional de Ley o congelación del rango, pero da una gran amplitud a aquélla, que hace prácticamente inadmisibles el Reglamento sin habilitación incluso en materia organizativa y de relaciones de supremacía especial. Igualmente, en el trabajo realizado con J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *op. cit.*, págs. 183 a 194.

(16) Vid. §§ 17 a 22.

(17) Vid. §§ 42.g) y 51 y ss.

ficado que se dé a la llamada reserva de Ley en sentido formal: cabe aquí sostener desde el extremo de que la aprobación de una Ley reguladora de una materia cierra ésta a las posibilidades reglamentarias salvo habilitación legal que permita exclusivamente el complemento indispensable (18), hasta el otro extremo de negar pura y simplemente este efecto; más aún, se ha sostenido que, aunque no siempre necesite habilitación legal, el Reglamento necesitaría en todo caso una Ley previa y su objeto sería precisamente desarrollarla, ejecutarla (19). Desde luego, la cuestión de la «reserva formal de Ley» y la del Reglamento como desarrollo de una regulación legal necesariamente previa puede plantearse, y se plantea efectivamente, al margen de la construcción ahora analizada, ya que se centra no en la exigencia de habilitación legal, sino en la de una Ley a la que desarrollar. Pero es aquí, para esta solución, donde, a falta de otros límites a la potestad reglamentaria, cobra mayor importancia.

§ 9. En todo caso, a la vista de la diversidad de posturas que caben dentro de esta tesis general, se comprenderá que sería precipitado conectarla necesariamente con un determinado posicionamiento sobre el principio de legalidad o la función y lugar del Gobierno y la Administración en el ordenamiento o el Estado.

C) *Innecesariedad de habilitación para los Reglamentos de organización.*

§ 10. La tercera de las interpretaciones del artículo 97 CE a la que nos referíamos establece una clasificación distinta de aquella de las previsiones constitucionales de que una materia sea necesariamente regulada por Ley. Simplificando la cuestión, que el Reglamento se refiera a aspectos de organización administrativa, o no, aparece como el dato esencial: en aquel ámbito el artículo 97 CE prestaría una habilitación bastante, pero fuera de él sería necesaria una autorización legal.

(18) Es éste propiamente el supuesto en el que se habla de reserva formal de Ley, lo que desarrollaremos y sobre lo que nos pronunciaremos en §§ 62 a 64.

(19) Esta solución, que, como veremos —§§ 30, 31, 47.d), 65—, responde a una sólida tradición, dejaría reducido este supuesto límite a no modificar, derogar o contradecir de ninguna forma los preceptos de las Leyes.

Es difícil definir la línea divisoria, señalar exactamente las consecuencias para cada clase de Reglamentos y aceptar o negar esta misma doctrina sin realizar previamente un análisis de construcciones dogmáticas anteriores a nuestra Constitución, desarrolladas en otros países y muy diversas entre sí, pero que, según creemos, influyen en esta interpretación del artículo 97 CE que pretendemos exponer. La selección de las mismas es difícil, así como elegir el grado de profundidad de su exposición. La que subsigue sólo pretende sentar ciertas bases para comprender el panorama doctrinal en torno al artículo 97 CE, centrándonos, consecuentemente, en los aspectos que desde esa perspectiva ofrecen más interés.

Es esa pretensión la que justifica su consideración conjunta. En realidad, ni siquiera tienen en común el ofrecer un tratamiento singularizado e igual del Reglamento sobre organización administrativa frente a los que no tienen tal contenido, sino, más bien, el que quizá han influido en cierta doctrina española para llegar a esa conclusión.

A estos efectos, creemos oportuno centrarnos en estas tres:

a) La de la ajuricidad de ciertas normas administrativas (Reglamento administrativo) (§§ 11 a 16).

b) La de la identificación de la reserva legal de intervención en la libertad y propiedad con el concepto de ley material, de manera que todos los Reglamentos jurídicos se incluirían en aquélla (§§ 17 a 22).

c) La de la materia reglamentaria por naturaleza.

Posteriormente —apartado d), §§ 24 a 29— estudiaremos en concreto las interpretaciones del artículo 97 CE que tienden a circunscribir al Reglamento sobre organización sus efectos habilitantes.

a) *Doctrina de la ajuricidad de los Reglamentos administrativos.*

§ 11. La primera parte de reconocer a la Administración un poder de establecer normas, disposiciones generales, que, sin embargo, no tienen el carácter de jurídicas (o, al menos, no se

integran en el ordenamiento jurídico general). Esas son las únicas que puede dictar sin necesidad de Ley que contenga habilitación reglamentaria. Para establecer con carácter general el Derecho, es decir, para aprobar verdaderas normas jurídicas, tal habilitación legal es requisito imprescindible, pues la creación de normas jurídicas requiere la intervención de las Asambleas legislativas.

.Así, pues, late aquí la previa diferenciación de dos poderes normativos a los que se considera radicalmente distintos: uno establece el Derecho con carácter general de manera vinculante para cualquier sujeto, incluida, en su caso, la Administración; el otro es un poder de autovinculación para el futuro. Este segundo sólo vincula a quien lo ejerce, esto es, a la Administración o, más exactamente, a los que se integran en su organización por diversos títulos (20).

(20) Distinto del poder de crear Derecho es el de dirigir a las autoridades inferiores para reconducir a unidad la actuación de todas, y así, P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, trad. francesa de Gaudilhon y Lacuire, París, 1901, tomo II, págs. 544 y 545, dice: «Las autoridades menos elevadas están, pues, en lo que concierne a la dirección de los asuntos, sometidas a las instrucciones de la autoridad superior y obligadas a obedecer las prescripciones que reciben... Así, la administración de asuntos del Estado se ejerce no solamente dando órdenes a los sujetos, sino también a sus propios órganos. La obediencia a las órdenes que la autoridad superior da dentro de su competencia constituye el *deber profesional* del funcionario.» Estas órdenes pueden «aplicarse a un caso aislado» o tener «contenido general». Pero en ninguno de los dos casos están en juego «los derechos soberanos que la ley confiere en general al Estado, sino un poder jerárquico particular de la autoridad superior»; no está en juego «el deber de los ciudadanos hacia el Estado, sino un deber profesional» (pág. 545). Cuando son generales es cuando se habla de «instrucción... o más exactamente de una ordenanza administrativa» (*loc. cit.*). Pero, aunque contiene normas generales, no contiene Derecho, pues éste «consiste en limitar los derechos y los deberes mutuos de los individuos» (pág. 518), por lo que «las reglas de conducta que un individuo se impone a sí mismo no pueden jamás ser disposiciones jurídicas; nadie puede tener frente a sí mismo un derecho o un deber jurídico...» (pág. 519), como no lo hay cuando un particular toma medidas relativas a su fábrica (pág. 520).

O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, trad. esp. H. Heredia y E. Krotoschin, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, I, pág. 169, ya no las justifica sólo en un «deber profesional», sino más ampliamente en un «vínculo de sujeción particular» frente a las otras normas administrativas propiamente jurídicas que tienen por fundamento «una delegación de ley».

F. FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp. S. A. Gendín, Barcelona, 1933, las basa en el deber de obediencia al superior, que deriva, a su vez, de las «relaciones especiales de dependencia», de manera que quien las emana y quien debe cumplirlas actúan como «ruedas en el gran aparato del organismo público» (pág. 53 y nota 45). No obstante, aclara que «cierta semejanza con la situación de los funcionarios tiene también la relación de dependencia que se produce por la sumisión libre o forzada de personas particulares a los estatutos de un establecimiento público: escuela, presidio, matadero... Estas personas viven sometidas a la dirección especial de la autoridad superior... El usuario llega a constituir una rueda en la organización del establecimiento... Por lo tanto, las normas de conducta que se exponen en los estatutos de tales establecimientos no son preceptos jurídicos, sino disposiciones administrativas» (pág. 55).

A medida que se fue ampliando el título justificativo de los Reglamentos administra-

Según esta construcción, sólo el primero de estos poderes produce una *ley en sentido material* y, por tanto, es propiamente poder legislativo. Por el contrario, ese otro produce normas que no contienen Derecho. Si las Asambleas legislativas (solas o con el Monarca) aprueban normas jurídicas, el resultado es una *Ley en sentido formal y material*. Si aprueban algo que no tiene tal naturaleza (por no ser norma o porque, siéndolo, no es jurídica) estamos ante una *Ley meramente formal* (21).

Cualquiera de estos poderes normativos podía llegar a ser ejercido por la Administración. En un caso, se trataba de un poder ajeno, de quien ostenta constitucionalmente la facultad de establecer el Derecho, lo que, en esta concepción, se negaba a la Administración. Para que ésta lo ejerciera era necesaria una previa decisión del legislador. Constituiría esta vía la única general de que la Administración dictara verdaderas normas jurídicas. En el otro caso, la Administración haría uso de un poder propio con el que cuenta sin necesidad de ninguna previsión al respecto.

Pese a tan notables diferencias, se consideraba que en los dos supuestos la Administración estaría ejerciendo potestad reglamentaria. De este término común y de las diferencias apuntadas, surgían dos tipos de Reglamentos que eran ontológicamente diversos: los *Reglamentos jurídicos* y los *administrativos*. Aunque ambos son considerados Reglamentos en sentido formal, dada su procedencia de la Administración, difieren en todo lo demás (22).

tivos y abandonando su estricta y única referencia al «deber profesional», se fue extendiendo el concepto y abarcando otras manifestaciones normativas de la Administración. Vid., por ejemplo, E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp. Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez Ortega, Madrid, 1958, págs. 201 y 202. Pero en esa ampliación jugaron otros factores que son más bien una desvirtuación de la construcción originaria: la identificación del Reglamento administrativo con el campo ajeno a la reserva legal de intervención (propiedad y libertad). De ello nos ocuparemos luego.

(21) Vid. P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, tomo II, págs. 260, 261 y 344 y ss. Cfr. C. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, trad. esp. L. Legaz Lacambra, Madrid, 1979, págs. 40 y ss.; D. JESCH, *Ley y Administración. Estudio y evolución del principio de legalidad*, trad. esp. M. Heredero, Madrid, 1978, págs. 13 y ss., 28-29.

En contra de la distinción entre leyes en sentido formal y material se pronunciaba O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, op. cit., I, pág. 94, nota 7, para quien sólo hay Ley en sentido formal. Pero sus reticencias contra la Ley en sentido material son, en cierta medida, terminológicas.

(22) Estas diferencias son tan intensas que, como veremos (*infra*, § 15), algunos autores intentaron que ni siquiera tuvieran en común el nombre de Reglamentos o de Ordenanzas. Pero la doctrina alemana clásica los consideraba a ambos Reglamentos por el simple dato común de ser aprobados por la Administración. El mantenimiento actual de diferencias esenciales entre dos tipos de normas de origen administrativo justifica la pervivencia y validez parcial de esta doctrina a ciertos efectos y con determinadas modificaciones (§ 15).

El Reglamento jurídico es considerado ley en sentido material, contiene verdaderas normas jurídicas y modifica el ordenamiento con valor general. El Reglamento administrativo es considerado Reglamento en sentido material, contiene normas no jurídicas, no modifica el ordenamiento, sino que se desenvuelve dentro del preexistente, vinculando sólo a quienes están integrados en la organización administrativa (23).

§ 12. Todo ello se explicaba sobre un doble fundamento. De una parte, el reconocimiento de un poder administrativo capaz de producir efectos en el interior de la Administración, y vinculando a los que imputan su actividad a ella, a quienes tienen un singular deber de obediencia o a quienes, en virtud de otros títulos, tienen una dependencia especial... De otra, esta doctrina clásica se basaba en un concreto concepto de norma jurídica y de Derecho (24) del que quedaban excluidas las producciones, incluso generales, de ese poder exclusivamente interno. Así se concluía porque las normas que en su virtud se produjeran, según se entendía, no vinculaban al juez, no eran susceptibles de constituir la premisa mayor de un silogismo judicial. Con ello lo que realmente se afirmaba es que, para los ciudadanos, en cuanto tales, externamente a la organización administrativa, no encontraban en esas normas, aunque eventualmente afectaran a sus intereses de hecho, ni deberes, ni derechos, ni intereses legítimos (25), y esto es justamente el crite-

(23) Vid. P. LABAND, *Le Droit Public...*, op. cit., tomo I, págs. 379 a 382: para los primeros, y puesto que no encuentra una autorización constitucional general (págs. 386 a 393), concluye que «toda ordenanza que contenga normas jurídicas no puede ser válida nada más que si está publicada en virtud de una delegación especial de la ley del Imperio» (pág. 395). Por el contrario, «no es necesario... contar con una delegación especial permitiendo adoptar ordenanzas administrativas» (pág. 546).

Con otras exposiciones, la distinción la recogen O. MAYER, *Derecho Administrativo...*, op. cit., I, págs. 165 y ss., y F. FLEINER, *Instituciones...*, págs. 52, 58 y ss., entre otros muchos, siempre en la línea de exigir delegación o autorización legal para las ordenanzas que contienen Derecho, pero no para las simples prescripciones administrativas. Vid. D. JESCH, *Ley y Administración...*, págs. 181 a 183.

(24) Generalmente, el aspecto esencial es el de norma jurídica, pero debe tenerse en cuenta que, incluso al margen de éste, se desplegaban ciertos efectos del concepto reducido de Derecho que sustentaba a ese otro de norma jurídica. Así, por ejemplo, también se negaba el carácter de actos administrativos, por no ser jurídicos, a los mandatos producidos en el seno de una relación de sujeción especial, pues no producirían un «efecto creador de Derecho». JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 265.

(25) P. LABAND, *Le Droit Public...*, II, pág. 520; JELLINEK decía que de los Reglamentos de administración no nace derecho ni en sentido objetivo ni subjetivo (vid. *op. cit.*, II, pág. 224). Para F. FLEINER, *Instituciones...*, pág. 53, la ordenanza administrativa «no hace surgir entre el ciudadano y la Administración una relación jurídica». Consecuentemente, no se encuentra amparo judicial ante su incumplimiento: C. STARCK, *El concepto de*

rio definidor de norma jurídica según esta concepción (26). De esta forma, el círculo se cierra: el poder inherente de la Administración es exclusivamente interno; las normas jurídicas se caracterizan por su efecto externo; la Administración no puede dictar normas jurídicas salvo habilitación legal, porque ello corresponde en exclusiva al Parlamento; las únicas que puede dictar con un poder propio son internas, pero, por ello mismo, no son jurídicas...

§ 13. Importa especialmente destacar que, en la doctrina expuesta, el papel fundamental que juega la distinción entre Reglamentos jurídicos y administrativos no está asentada en el criterio de las materias objeto de regulación por uno y otro. La expresión Ley material y Reglamento material indica que se utiliza una perspectiva material, pero no la de la materia, sino la del tipo de poder y de los efectos jurídicos (27). En particular, esta línea doctrinal no conduce necesaria ni fundamentalmente a distinguir las materias de organización administrativa de todas las demás que pudieran incumbir a los Reglamentos. No concluye que los Reglamentos de organización no necesiten habilitación legal y todos los demás sí. Dicho de otra forma, no identifica Reglamentos administrativos con Reglamentos sobre organización administrativa u orgánicos.

Ha habido, efectivamente, algunos autores que incluían todos los Reglamentos sobre organización administrativa entre los Reglamentos administrativos, aunque no a la inversa. Pero, aun así, no expresan la tendencia general (28).

Ley..., op. cit., págs. 426 y ss. Incluso se dice que no eran obligatorios: D. JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 299. Más matizadamente, P. LABAND, op. cit., dice que «sólo tienen fuerza obligatoria en los límites del aparato administrativo y no frente a terceros» (pág. 546).

(26) Cfr. O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, I, págs. 109 y ss. A esto es reconducible la fórmula de LABAND y JELLINEK, según la cual la norma se caracteriza por constituir la «fijación de límites sociales», pues para que ello tuviera relevancia jurídica había de traducirse en derechos, deberes o intereses legítimos.

(27) En general, cuando se hablaba de Ley o de Reglamento «en sentido material» se ajustaba exactamente a lo que DUGUIT exigía para poder hablar con propiedad del «punto de vista material»: determinar el carácter de un acto desde el punto de vista material es determinarlo según la modificación que se produce en el ordenamiento jurídico como consecuencia de ese acto, explica en su *Traité de Droit Constitutionnel*, II, pág. 211. Aunque DUGUIT está lejos de encajar exactamente en la doctrina sobre el Reglamento expuesta ahora, esta precisión es válida para ella: aquí se atendía a los efectos sobre el ordenamiento, y lo característico de las normas que no eran leyes materiales (Reglamentos administrativos) era, según la explicación dominante, que no producían cambios en el ordenamiento jurídico, sino que operaban sobre el existente sin alterarlo.

(28) Paralelamente, o como presupuesto de ello, ha de entenderse que las leyes de

Por el contrario, lo general era reconocer que los Reglamentos administrativos podían referirse a cualquier materia que incumbiera a la Administración y, de hecho, es frecuente encontrar entre tales Reglamentos una categoría a la que denominaban Reglamentos de ejecución que podían versar sobre las mismas materias que las Leyes cuya ejecución fuera administrativa (29).

Paralelamente, se admitía con normalidad, pese a lo que a veces se dice, que las normas que determinan la estructura de la Administración podían constituir el objeto de un Reglamento jurídico y que, por tanto, muy frecuentemente necesitaban habilitación específica (30).

organización no son leyes materiales y, si han sido aprobadas por el Parlamento, sólo son leyes en sentido formal. Explica C. STARCK, *El concepto...*, op. cit., pág. 46, que «según una concepción todavía muy extendida en la actualidad, las leyes de organización son siempre leyes en sentido únicamente formal».

Pero también hay autores que se sitúan en el polo opuesto y afirman que cualquier variación en la organización afecta a la situación jurídica de los ciudadanos y toda norma de organización produce efectos externos como cualquier otra. En este sentido, L. RICHTER, *Sobre su doctrina y crítica*, vid. E. FORSTHOFF, *Tratado...*, pág. 554. Pero ninguna de estas posturas expresan la corriente dominante en la que se distinguen dos tipos de normas sobre organización administrativa.

(29) El mismo P. LABAND, *Le Droit Public...*, I, pág. 383, aclaraba ya el «doble sentido que puede tomar la expresión "ordenanza de ejecución"; de una parte puede significar la publicación de prescripciones jurídicas destinadas a completar, a detallar las reglas de la ley; y de otra parte puede significar la publicación de instrucciones dirigidas a las autoridades respecto a las actividades que deben desarrollar para aplicar las disposiciones de una ley. En el primer caso la ordenanza de ejecución encierra reglas jurídicas y cae bajo la definición de legislación en sentido material; en el segundo encierra prescripciones administrativas y nada tiene que ver con la reglamentación del Derecho».

Este doble sentido del Reglamento de ejecución, y en particular la inclusión de uno de ellos entre los Reglamentos administrativos, que pone de manifiesto que éstos pueden referirse a todas las materias de las que se ocupan las Leyes siempre que tengan aspectos de ejecución administrativa, aparece en muchos autores, incluidos los españoles, como J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Madrid, s.f., tomo I, pág. 108, y C. GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 8.ª ed., por E. MARTÍNEZ USEROS, Madrid, 1962, pág. 234.

Tan dominante era esta acepción del Reglamento de ejecución como Reglamento administrativo que cuando las Constituciones autorizaban a dictar aquéllos se entendía que ello no permitía dictar Reglamentos ejecutivos jurídicos, sino ejecutivos administrativos. Así, F. FLEINER, *Instituciones...*, págs. 61 y 62, notas 18 y 26.

Cfr. D. JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 188 y las notas 219 y 220. Esto es lo que explica que se admitieran incluso en materias reservadas a la Ley y sin habilitación legal. Sobre ello, vid. C. STARCK, *El concepto de ley...*, págs. 433-434.

(30) Esto aparece perfectamente claro en P. LABAND, *Droit Public...*, II, págs. 523-524: «Entre las disposiciones que se pueden enfocar tanto desde el punto de vista de la legislación (material) como desde el punto de vista de la administración, está, en particular, la organización del mismo aparato administrativo... Como toda persona jurídica es una creación del Derecho, su organización está determinada por el derecho y regulada por él; y la estructura y el vigor de sus órganos reposan sobre máximas jurídicas... Pero de otra parte, la persona jurídica, una vez organizada y capaz de acción, puede continuar por su actividad propia, desarrollando más su organización, completarla y especificarla.» ¿Cómo saber si ello es una Ordenanza jurídica o administrativa? «Importará determinar si la medida sólo será eficaz en el interior del aparato administrativo o si

Por tanto, salvo excepciones, a lo que se negaba carácter jurídico no era a las normas sobre organización de la Administración, sino a las que sólo tenían efectos dentro de su organización porque sólo vinculaban a quienes en ella estaban integrados. La línea

extiende sus efectos fuera. Si una autoridad debe ser investida de poderes soberanos... si se ha querido que pueda mandar a los sujetos de manera que sus órdenes tengan carácter de obligación jurídica... la creación de esta autoridad y la fijación de su competencia forman parte del derecho...» Por contra, los secretariados, oficinas, repartición de trabajos, «*puede ser una cuestión interior de la administración, sin efectos jurídicos de ninguna clase para los terceros, y por tanto, extraña al Derecho*».

Más claramente se expresa aún por JELLINEK, hasta el punto de que DUGUIT centraba las diferencias entre LABAND y JELLINEK en que éste sí admitía Reglamentos jurídicos sobre organización (*Traité...*, II, pág. 224), lo que no es exacto, porque también esto lo hacía LABAND, como hemos visto. No obstante, según nos cuenta O. MAYER, *Derecho Administrativo...*, I, pág. 122, nota 18, LABAND cambió su solución al dejarse «influir por las objeciones de GIERKE, ROSIN y SELIGMANN». Pese a todo, para O. MAYER, *loc. cit.*, la respuesta sigue siendo clara: «Son igualmente reglas de derecho las leyes sobre organización de las autoridades administrativas... Es posible que esta organización no esté reservada a la ley; en todo caso es un tema discutido. Pero una vez que la ley ha hecho esta organización tiene el efecto de una regla de derecho.» Tratándose de Ordenanzas de organización hay que distinguir, y serán verdaderas Ordenanzas o meras prescripciones administrativas según el poder en virtud del cual se dicten. *Ibidem*, pág. 168, nota 8. Más oscura es su posición en I, pág. 18.

F. FLEINER, *Instituciones...*, pág. 53, también afirma que «las meras ordenanzas de organización son... ordenanzas jurídicas», y cita, en la misma línea, a NAWIASKY, RICHTER y otros y, en contra, a ANSCHÜTZ y STIER-SOMLO. En general, sobre la posición de la doctrina clásica alemana, vid. D. JESCH, *Ley y Administración...*, págs. 22-23, sobre todo la nota 40: «La doctrina tradicional divide los preceptos de organización en general... G. JELLINEK, plenamente dentro del espíritu de la doctrina tradicional y de su concepto de Derecho, divide los reglamentos de organización en aquellos que van dirigidos (también) a los súbditos... y a aquellos que sólo constituyen competencia interna...» También ofrece un panorama muy distinto al de considerar la organización administrativa como «no-Derecho» y materia de Reglamento administrativo C. STARCK, *El concepto...*, págs. 148, 150, 321 y ss. y 444. Esclarecedor es, asimismo, E. FORSTHOFF, *Tratado de...*, págs. 559 a 562: al referirse a órganos fuera de la organización estatal directa ya observa supuestos en que es necesaria una Ley (pág. 559) y afirma que «no es exacto decir en términos demasiado generales que el poder de organización sólo tiene eficacia en el ámbito interno» (pág. 560). En la organización estatal mediata distingue: 1) Reglamento que instituye una autoridad con competencias externas, lo que supone Derecho universalmente vinculante y, por tanto, Reglamento jurídico; 2) Reglamentos sobre órganos que limitan su actuación al orden interno, Reglamentos administrativos (págs. 561 y 562). En este punto, FORSTHOFF sigue la tradición alemana mayoritaria. Pero también son ideas latentes en la doctrina italiana.

Baste recordar aquí a S. ROMANO, *Corso de Diritto Amministrativo*, Padua, 1930, vol. I, págs. 47 a 53, *passim*: dentro de los Reglamentos de organización distingue los «exclusivamente internos» (que «conciernen a oficios o institutos que no tienen existencia jurídica para el público») y los «externos». Los primeros, junto con otros también internos pero no organizativos, no necesitan autorización legislativa, pues se basan en la distinta posición de las diferentes autoridades o, eventualmente, de los usuarios de un servicio. Los segundos necesitan autorización legislativa. Ciertamente a todos los considera jurídicos, pero reconoce la misma diferencia entre dos tipos de Reglamentos de organización administrativa (externos e internos) que la doctrina alemana y saca las mismas consecuencias (necesidad o no de autorización legislativa).

También en Francia, aunque no usando las expresiones alemanas, la distinción ha sido empleada por el mismo Consejo de Estado en varios *arrêts*, como reconoce R. CARRÉ DE MALBERG, según el cual en ellos está «consagrada la teoría alemana que consiste en distinguir entre los Reglamentos que crean autoridades con poder de deci-

§ 14. Aun así, hay todavía una variante de esta doctrina que interesa recoger: los Reglamentos de organización pueden ser jurídicos o administrativos, pero en ninguno de los dos casos necesitan habilitación legal salvo que la organización prevista, por las funciones atribuidas, afecte a la libertad o propiedad. De esta forma, no necesitarían habilitación ninguno de los Reglamentos administrativos (categoría que incluye a gran parte de los de organización), ni los Reglamentos jurídicos de organización. Para ello se basa en reconocer, junto al poder que normalmente se entiende subyace en los Reglamentos administrativos, otro poder de organización de alcance no idéntico al anterior (32). Pero, además, necesita para sostenerse un concepto de norma jurídica centrado en las limitaciones a la libertad y propiedad, y no en la simple existencia de efecto externo, concepto que toma de otras teorías y que sólo acepta por su valor histórico y convencional (33). Por esta vía sí se consigue, efectivamente, concluir que los Reglamen-

Consecuencia de todo ello, y aunque sea adelantarnos a lo que luego se combatirá directamente, es que pueda afirmarse, con R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, I, pág. 670, que «la doctrina que del poder de dar instrucciones [y veremos en el § 15 que esto es equivalente a toda norma que sólo produce efectos en el interior de la organización; para CARRÉ, *ibidem*, I, pág. 665] deduce argumentos para atribuir a la autoridad administrativa un poder general de reglamentación autónoma de lo relativo a la organización y funcionamiento de la administración reposa sobre un equívoco...». Este equívoco está latente en ciertas construcciones de la doctrina española que pretenden que el Reglamento regulando la organización administrativa, y no cualquier otro, está excluido de la habilitación legal que se exige a los restantes.

(32) Responde fundamentalmente a ello E. FORSTHOFF, *Tratado...*, págs. 550 y ss., en especial págs. 561 y 562. Como sabemos (vid. nota 30), entendía que los Reglamentos de organización podían ser jurídicos y administrativos. En el segundo caso no necesitan autorización legal, como ocurre en todos los de esa clase. Pero cuando son jurídicos tampoco, pues, explica en nota 33, que «los reglamentos jurídicos de este tipo no precisan ninguna autorización legal especial... porque el poder de organización es una expresión evidente y reconocida del supremo poder directivo que compete al Gobierno». Véase nuestra nota 45.

(33) Ese concepto de norma jurídica procede de las doctrinas que trataron de delimitar la reserva de Ley en base al criterio de ley material, para lo cual modificaron éste hasta hacerlo adecuado a esa construcción (vid. *infra*, §§ 19 a 21). Aquí ese concepto no se acepta por su valor lógico, sino simplemente por su valor histórico y convencional. Así, THOMA, según explica D. JESCH, *Principio de legalidad...*, pág. 23, nota 43. E. FORSTHOFF, *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 193 y 194, asume completamente esta forma de proceder cuando reconoce que ese concepto de norma jurídica no se comprende desde el punto de vista de la razón teórica, pero es aceptable con los criterios de la razón práctica, como un complejo histórico-político. Como veremos después (especialmente §§ 25 y 27), es posible que en alguna doctrina española, en la que se reconoce valor jurídico al Reglamento administrativo pero manteniendo conclusiones semejantes a las doctrinas que negaban tal carácter, haya también más peso de ciertas nociones por su aceptación histórica y convencional que por su justificación racional.

Pero, en todo caso, no hay otra cosa que un medio de intentar superar una contradicción interna flagrante y de sostener una teoría pese a negarle su fundamento necesario.

divisoria entre lo interno y lo externo era, pues, muy relevante para la exigencia de habilitación legal, pero se determinaba no atendiendo al contenido de la norma, sino a los efectos de la misma, que, a su vez, dependían del tipo de poder que la hubiera originado (31).

sión imperativa para terceros y Reglamentos que crean autoridades desnudas de tal poder, se mantienen así en el cuadro del derecho individual en vigor y no tienen otro contenido que medidas internas de administración». *Contribution a la Théorie générale de l'Etat*, París, 1920, I, pág. 662.

(31) Por eso es exacto lo que afirma, muy acertadamente, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, págs. 239-240: «... el concepto de reglamento jurídico y de... reglamento administrativo, no coinciden... con lo que se viene a entender bajo esas denominaciones en la teoría española. En primer lugar no se diferencian por su contenido, pues también los llamados reglamentos administrativos pueden tener por objeto la relación entre el poder público y los ciudadanos y no sólo la organización interna... La diferencia está en su eficacia jurídica... en segundo lugar... la diferencia en la fuerza vinculante no resulta de la naturaleza de las normas, sino de su modo de aprobación...».

Se denuncia aquí lo que, según creemos, no sólo es una confusión de la doctrina española, sino más generalizada, quizá por la interferencia del concepto francés de Reglamento de organización de servicios públicos, admitido sin habilitación legal y sin desarrollar a una Ley previa en base a ideas completamente distintas, o del Reglamento de organización italiano, con especialidades semejantes en base a la Ley 100 de 1926. Lo cierto es que no es infrecuente explicar estas doctrinas como si lo fundamental fuera, efectivamente, el contenido o la materia sobre la que versa el Reglamento administrativo, lo cual es comprensible dada la sutil diferencia, las dificultades terminológicas y el hecho de que no es del todo inexacto. Pero tampoco es exacto e importa prevenir los errores que de ese punto de partida puedan derivar. R. BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, París, 1940, pág. 293, expresa claramente la confusión sobre la doctrina alemana que denunciamos al decir que el Reglamento en sentido material, o Reglamento administrativo, «se define no por los efectos jurídicos que produce, sino por las materias a las cuales se aplica». Nosotros creemos que es más bien al contrario.

Cabe apuntar, incluso, que el mismo L. DUGUIT, que tan decididamente combatió estas doctrinas del Reglamento administrativo como materialmente diferente de la Ley y que ardientemente proclamó que todo Reglamento era una ley material (vid. *Traité...*, op. cit., II, págs. 151 y ss., en especial págs. 211, 215 y 223 a 226), incurriera en ciertos excesos al interpretar la construcción alemana y que, en el fondo, no se diferenciase tanto de ella. A este respecto debe tenerse, sobre todo, en cuenta lo que en otro lugar dice de las órdenes e instrucciones, a las que niega todo valor jurídico porque no nace una obligación jurídica (*ibidem*, II, págs. 358 y ss). Quizá las verdaderas diferencias con la doctrina alemana del Reglamento administrativo sean sólo terminológicas y, a lo sumo, afecten también a la delimitación del ámbito concreto de aquellas normas a las que se niega valor jurídico, que, desde luego, es en DUGUIT mucho más reducido. Pero no es fácil establecer aquí una conclusión definitiva. Cuando más claramente se sospecha que DUGUIT combate a LABAND y JELLINEK, interpretándolos inexactamente, es cuando, para negar los caracteres que éstos predicaban de los Reglamentos en sentido material (administrativo), demuestra que no se dan en los Reglamentos de policía, que para los autores alemanes serían prototípicos Reglamentos jurídicos y, por tanto, leyes materiales, y en ciertos Reglamentos de organización, que tampoco quedarían claramente excluidos de los Reglamentos jurídicos (*ibidem*, II, págs. 224 y ss.).

Paralelamente, hay que decir que, muchas veces, cuando se critica la distinción entre Reglamentos jurídicos y administrativos, sobre todo el dato de que se negase a estos últimos el carácter de normas jurídicas, se está combatiendo a un falso enemigo porque los críticos y los criticados tenían un concepto distinto de Reglamento administrativo. Un ejemplo de esta equivocación creemos encontrarlo en J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 5.ª ed., I, pág. 108.

tos de organización no requieren habilitación legal, aunque no sean los únicos eximidos de tal requisito.

§ 15. Estas doctrinas conservan todavía parte de verdad o, para ser más exactos, perviven actualmente para explicar ciertas manifestaciones normativas de la Administración. Para comprenderlo así, resulta útil comenzar por explicar que parte de la doctrina alemana clásica ya se manifestó en contra de la terminología generalizada, pero no contra el fondo; se propuso reservar el término Reglamento u Ordenanza para aquellas disposiciones generales que contenían normas jurídicas, pero, se añadía, si «llamamos ordenanzas a los actos... que contienen reglas de derecho, necesitamos evidentemente otro nombre para aquellos actos que contienen igualmente reglas generales, pero que no son de derecho» (34). MAYER habla entonces de «simple prescripción administrativa: instrucción, circular, etc.» (35). Esta terminología no triunfó en Alemania, pero es posible que el llamado Reglamento administrativo se esconda actualmente en otros ordenamientos bajo nombres distintos, de manera que admitir ahora su singularidad y su innecesariedad de habilitación legal no aporte gran luz sobre la extensión de la potestad reglamentaria.

Por lo pronto, sigue reconociéndose generalmente la existencia de un poder administrativo propio y no necesitado de previsión legislativa capaz de producir efectos exclusivamente internos que se manifiesta, entre otras formas, a través de normas generales a las que ahora, mayoritariamente, no se niega rotundamente naturaleza jurídica.

En este sentido, MERKL ya observó que «la ordenanza administrativa es... una fuente jurídica», aunque de «eficacia limitada y relativa» (36). Sobre todo, SANTI ROMANO demostró que si los Reglamentos externos (que él mismo identifica con la Ordenanza

(34) O. MAYER, *op. cit.*, I, pág. 169. Y después, pág. 170, nota 9, se pregunta: «¿Por qué insistir en dar el nombre de ordenanza a dos cosas tan diferentes? Es verdad que en otro tiempo eran idénticas, mas para que nuestro lenguaje sea claro y sencillo es preciso saber escapar a esta influencia inconsciente del pasado.»

En idéntico sentido se pronunció M. BARTHÉLEMY: «se confunde con los Reglamentos propiamente dichos los reglamentos de orden interior de las administraciones públicas, que no son nada más que órdenes jerárquicas: se debería evitar emplear aquí la expresión de reglamento». *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, citado por R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, I, pág. 667, que acepta también la idea expuesta.

(35) *Ibidem*, I, pág. 165, nota 5, y pág. 169.

(36) A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, trad. esp., México, 1980, pág. 163.

jurídica alemana) son normas jurídicas a todos los efectos y forman parte del ordenamiento general, los Reglamentos internos (o administrativos en la doctrina alemana) sólo son normas jurídicas «dentro de un cierto ámbito, el de la jerarquía, un colegio, un internado, etc., fuera del cual no pueden ser considerados norma jurídica... Su eficacia, por tanto, como fuente del ordenamiento jurídico, es relativa: ... no forman parte del ordenamiento general. Respecto a éste, o no existen o son actos relevantes a otros efectos...» (37). Un acto administrativo únicamente contrario a estas normas dará origen a ciertas consecuencias, «pero frente a los ciudadanos y a la autoridad judicial habrá un acto legítimo» (38). Aun así, afirma que «los Reglamentos administrativos... son normas jurídicas y por tanto leyes en sentido material» (39). Sobre estas bases se ha desarrollado el sector más representativo de la doctrina italiana posterior, que, muy sintéticamente, puede esquematizarse así: junto al ordenamiento general, existen ordenamientos menores correspondientes a distintos entes sociales o a diversos órganos u oficios que tienen una vida autónoma. Las normas de estos ordenamientos pueden no ser operantes para el ordenamiento general y, por tanto, no tienen relevancia en las confrontaciones de los sujetos de la colectividad estatal en cuanto tal, sino exclusivamente en el de los sujetos del ordenamiento menor. Así, son normas internas porque operan sólo en el interior del ordenamiento particular. Se basan o en un poder de autoorganización propio y natural de toda institución o en los diversos títulos que puedan configurar una dependencia especial o una integración en ese ordenamiento. Pero no en un poder capaz de innovar el ordenamiento general. Estas normas son irrelevantes para ese ordenamiento y ni ellas, ni el poder en que se basan, son fuentes jurídicas para él. Si eventualmente son tomadas en consideración por el ordenamiento general, no es en calidad de normas jurídicas (40).

(37) S. ROMANO, *Corso de Diritto Amministrativo*, pág. 48.

(38) *Ibidem*, pág. 49.

(39) *Ibidem*, pág. 47.

(40) Vid. A. M. SANDULLI, *Manuale de Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1980, págs. 67 y ss.; y M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, I, págs. 793-797. Cfr. igualmente M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, en especial págs. 198 y ss.

J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 727, aclara, acertadamente, que las «instrucciones y/o circulares... no deben confundirse con los reglamentos administrativos... del ordenamiento alemán, categoría ésta que cubre supuestos que, en España, poseen carácter nítidamente reglamentario-normativo». Pero sí creemos que parte de las circulares e instrucciones constituirían uno de los supuestos, no el único, de Reglamentos administrativos. Es muy interesante a este respecto la STS de 12 de abril de 1989.

Creemos poder concluir que si estas disposiciones administrativas generales son ahora consideradas normas jurídicas (o leyes materiales) no es tanto porque hayan cambiado los efectos que se les reconocen, ni la consideración de la naturaleza del poder que las origina; es, más bien, porque, sobre las concepciones kelsenianas o las ordinalistas, ha cambiado el concepto de Derecho y de norma jurídica.

Pese a todo, en la medida en que se sostienen estas profundas diferencias entre ambos tipos de normas jurídicas, es posible mantener un tratamiento jurídico diferenciado y, en su caso, exigir tan sólo la habilitación para las normas que se integran en el ordenamiento general (41). Pero, con todo, esto no aporta ningún criterio para resolver el problema que nos ocupa.

§ 16. En el artículo 97 CE existe ya un reconocimiento de potestad reglamentaria cuyo alcance y valor no puede deducirse de las anteriores construcciones. Estas, a lo sumo, en su recto entendimiento, sólo nos sitúan el problema en su punto de partida y, desde ahí, es necesario preguntarse qué supone ese artículo 97 para la posibilidad de dictar normas jurídicas, añadamos ahora, que se integran en el ordenamiento general, que son fuentes de Derecho para él. Porque es esto, evidentemente, a lo que el artículo constitucional se refiere: nadie ha pretendido reducirlo a la posibilidad de dictar normas con efectos meramente internos y si se propusiera tal interpretación sería dejarlo en bien poca cosa, puesto que se admite siempre que tales normas internas pueden producirse, y no sólo por el Gobierno, sin necesidad de ninguna previsión legal. Es más que discutible que éstas emanen de una potestad que merezca la denominación de reglamentaria, pero, en

(41) Con lo anterior queremos subrayar, entre otras cosas, que ni es necesario acudir a conceptos prácticos y convencionales de la norma jurídica, distintos de los que se consideran teóricamente exactos, ni toda la utilidad de las doctrinas expuestas se arruina al abandonar su concepto de Derecho, Ley material y norma jurídica. *Lo imprescindible es reconocer diferencias esenciales cualitativas* entre los dos tipos de normas, aunque esa diferencia no consiste, ahora, en que unas sean jurídicas y las otras no. Como veremos posteriormente (vid. *infra*, especialmente § 27), se ha intentado sostener algo semejante a lo aquí expuesto distinguiendo entre normas a las que sólo se diferencia en base a su mayor o menor importancia, lo que no parece justificado.

En España, también se hizo dominante la idea de que en los dos casos se trata de normas jurídicas, pero al no admitir ni siquiera que se basan en dos poderes distintos se llega a una solución ambigua o peligrosa. Ejemplo lo ofrece S. ALVAREZ GENDÍN, *Tratado General de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1958, tomo I, págs. 206 y 207, que considera que «una simple instrucción es una norma jurídica», sin apuntar ninguna diferencia con las normas que se integran en el ordenamiento general.

todo caso, lo que es absolutamente imposible es reducir la potestad reglamentaria a ello y, por tanto, el artículo 97 CE a tan limitados efectos (42).

Si, por el contrario, apartados de la ortodoxia de la doctrina expuesta, se considera que las normas de organización, todas ellas y sólo ellas, carecen de naturaleza jurídica (o no se integran en el ordenamiento general), entonces, además de obligar a sostener un concepto de norma jurídica (o de ley material) sin fundamento dogmático y ni tan siquiera histórico o convencional, además de necesitar de explicaciones complementarias más que comprometidas (43), además de todo ello, sólo conseguiría definir un supuesto tipo de normas que podría dictar la Administración sin ningún tipo de previsión constitucional o legal, pero sin señalar cuáles son las consecuencias de la establecida en el artículo 97 CE. Como en el caso anterior, sólo nos situaríamos en el punto de partida para analizar los efectos de este artículo, aunque ahora en un punto de partida no justificado, pues nadie niega actualmente que las normas de organización sean jurídicas. Cuestión distinta es que en ocasiones se sostenga que esas normas de organización sólo pueden ser dictadas por la Administración gracias a la existencia del artículo 97 CE (o de otra habilitación general) y que ése es, precisamente, el único efecto directo, sin necesidad del intermedio de una Ley, que puede atribuirse al citado artículo constitucional (o a otra habilitación general): cuando así se razona, se está realmente ante una línea doctrinal distinta de la ahora estudiada (44). Pero, volviendo a ella y particularmente a sus posibles formulaciones que partan de un supuesto carácter ajurídico

(42) Dicho de otra forma: las concepciones estudiadas partían de negar a la Administración el poder de establecer normas jurídicas (conforme a las concepciones actuales, negación de un poder de establecer normas del ordenamiento jurídico general), pero el artículo 97 CE niega ese punto de partida. Ahora, el poder de establecer normas no jurídicas o normas jurídicas que no se integran en el ordenamiento general podrá seguir siendo reconocido, pero no puede ser considerado el único poder normativo de la Administración, al menos no del Gobierno.

(43) Tales explicaciones serían necesarias, como mínimo, para no dar el mismo tratamiento a la organización estatal no administrativa o a la de una Administración distinta de la autora de la norma. Si se niega en abstracto a lo organizativo carácter jurídico y eso justifica la regulación administrativa, hay que añadir otros límites para que ésta se circunscriba al propio aparato u organización, que es lo que siempre se pretende con este tipo de teorías. Esto apunta que, en realidad, tienen más un fondo subjetivo (situación de la Administración, su poder de autoorganización...) que objetivo (la supuesta naturaleza diferente de lo organizativo). De hecho, incluso colocado en esta línea, se decía que la organización judicial era jurídica, pero la administrativa no, lo que parece ya completamente arbitrario. Vid. D. JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 22, nota 40.

(44) Vid. § 27.

de la organización, debe decirse que, al menos, no incurrirían en contradicción si, por ello, eximieran de cualquier habilitación —general o especial, constitucional o legal— para su aprobación. Esta contradicción, sin embargo, se da en quienes, aceptando la naturaleza jurídica de las normas de organización y negando a la Administración un poder propio para dictar Reglamentos jurídicos, admiten, sin embargo, que sin necesidad de ninguna previsión pueda dictar cualquier Reglamento organizativo (45).

b) *Doctrinas que señalaron el ámbito de la reserva legal de intervención en base al concepto de ley material.*

§ 17. En segundo lugar, es necesario referirse a las doctrinas que identificaron la reserva de Ley para toda intervención en la propiedad y la libertad con el concepto de ley material. Tales doctrinas, en definitiva, concluían que toda ley material debía aprobarse como Ley formal o, al menos, en base a la autorización de ésta (Reglamentos jurídicos) y que en eso consistía precisamente la reserva legal de intervención.

Nuestro propósito ahora es demostrar que esta identificación es errónea, por lo que, pese a su valor histórico y su decisiva influencia en el Derecho alemán actual, no puede trasladarse al nuestro; demostrar también que, aunque se admitiera, no aísla en un tratamiento singular al Reglamento sobre organización; poner de relieve, finalmente, que su influencia en nuestra doctrina es causa de algunas zonas oscuras y de muchas dificultades.

Siendo así, no corresponde aquí explicar exactamente lo que fundamenta y representa la clásica reserva legal de intervención, que, en puridad, responde a una línea de pensamiento distinta. Pero, para demostrar el error de esta identificación con el concepto de ley material, es necesario avanzar algo sobre esa reserva. A estos efectos, sin perjuicio de su más completo desarrollo poste-

(45) Es el caso, según entendemos, de E. FORSTHOFF, quien se basa en un poder administrativo de organización, que no necesita reconocimiento positivo y que es suficiente, de por sí, para aprobar Reglamentos organizativos, ya respondan a los caracteres de los administrativos o de los jurídicos. Vid. *supra*, § 14 y notas 32 y 33.

Sin embargo, de acuerdo con su concepción de la potestad reglamentaria y, particularmente, de los Reglamentos jurídicos (vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 191 y ss.), la única consecuencia que, creemos, podía haber extraído sin ponerse en contradicción consigo mismo es que ese poder de organización, aun reconociéndolo como natural, no permitiría por sí solo aprobar Reglamentos organizativos jurídicos.

rior (46), nos limitamos a señalar lo siguiente: 1.º La reserva legal de intervención se basa exclusivamente en el valor y efectos directos de la propiedad y libertad, por lo que, aunque no esté expresamente recogida en una Constitución, se desprende de la proclamación de tales derechos y, en su defecto, de su reconocimiento por encima del Derecho positivo. 2.º La reserva se traduce en la competencia del Poder Legislativo para imponer limitaciones a la propiedad y libertad, así como, paralelamente, en la exclusión del Ejecutivo para establecer esas restricciones, salvo autorización de Ley. 3.º Esa exclusión afecta a cualquier actuación y a cualquier poder de la Administración, incluida la potestad reglamentaria, pero de ninguna manera puede pensarse que sea únicamente esa potestad la que se ve limitada por la reserva.

Así descrita, la reserva de intervención, y ya veremos que ello se corresponde con su más exacta formulación doctrinal, no es, como a veces aparece, ni opuesta a la de la ajuridicidad de ciertas normas de la Administración (Reglamentos administrativos o internos) (47), ni idéntica a ella. Más bien, cabe admitirla para explicar problemas distintos (48).

Para ellos sería necesario algún complemento, aunque fuera tan sólo una habilitación genérica e inespecífica de potestad reglamentaria.

(46) Vid. *infra*, § 42.

(47) La oposición se presentaría en que mientras que la de la ajuridicidad de las normas que la Administración dicta sin habilitación parte de que ésta no tiene un poder propio para establecer normas jurídicas, la de la reserva de intervención señala un límite que opera, entre otras cosas, sobre un poder general de creación de normas jurídicas que preexiste. Sin embargo, es posible, y hoy general, que aquella doctrina de la ajuridicidad de ciertas normas administrativas se compatibilice con el reconocimiento, en virtud de habilitaciones, de un poder de establecer Derecho. Por otra parte, aunque la reserva de intervención supone un límite sobre un previo poder de creación de normas jurídicas, nada dice de cómo ha surgido tal poder para el que puede haberse exigido, de acuerdo a otros postulados, habilitaciones específicas. El mismo O. MAYER, primer gran formulador de la reserva de intervención, responde a este planteamiento: para él, la Administración no tiene ningún poder para establecer normas jurídicas y necesita para aprobarlas, siempre, una delegación legislativa, aunque no afecten a la reserva de Ley. *Derecho Administrativo alemán*, I, págs. 101, 120 y, sobre todo, 165. Por tanto, la reserva de Ley no significa de ninguna forma que fuera de ella la Administración pudiera dictar libremente y sin base legal normas jurídicas. Lo que sí podía dictar siempre eran las que llamaba «prescripciones administrativas», pero ello lo podía hacer tanto fuera como dentro de la reserva de Ley. Por todo ello, no es exacto afirmar en términos demasiado generales que en Alemania se estableciera una «distribución horizontal de materias entre ley y reglamento», como afirma J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...* I, págs. 700 a 702, ni que ése fuera el significado originario de la reserva legal de intervención, como veremos después más detenidamente. A lo sumo, ello pudiera presentarse como resultado de las deformaciones que produjo la identificación de tal reserva con el campo de la ley en sentido material. Vid. nota 179.

(48) La de la ajuridicidad de los Reglamentos administrativos explicaba la existencia de normas internas sin necesidad de habilitación y exigía algún tipo de ésta (constitucional, legal o consuetudinaria; general o especial) para establecer normas externas;

Patente queda en nuestra breve exposición que la reserva legal de intervención en su formulación originaria y pura no partía de las distinciones entre ley material y formal o entre Reglamento jurídico y administrativo; tampoco conducía a las mismas. Esto es tanto como afirmar que la reserva de Ley no se identifica con la ley material, ni con el campo de los Reglamentos jurídicos.

§ 18. Pero, como anticipábamos, el desarrollo doctrinal posterior las aproximó hasta realizar su completa identificación y es de gran interés para nosotros demostrar que tal forma de proceder no está justificada dogmáticamente. Si así lo demostramos, aceptarla ahora para nuestro Derecho puede suponer dar acogida a una doctrina cuyo único verdadero soporte era su adecuación a históricas necesidades políticas y a un momento concreto de la evolución del Derecho Público alemán. Hay que afirmar, incluso, que explicar la reserva de intervención por esa vía del concepto de ley material conduce a su desvirtuación. De esta forma es posible que se explique el significado del artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn, pero resultará difícil extraer conclusiones de utilidad para nuestro ordenamiento, al que sólo pueden interesar las construcciones que ofrezca el Derecho comparado en virtud de su lógica interna, no en virtud de su valor convencional aceptado ante situaciones institucionales concretas que nos resulten ajenas.

§ 19. Ante ciertas Constituciones alemanas que no establecían expresamente la reserva de Ley, sino que se limitaban a establecer que la «legislación» correspondía a la voluntad conjunta del Príncipe y el órgano representativo, se acudió muy frecuentemente, en vez de entenderla proclamada implícitamente por el valor directo de la propiedad y libertad (MAYER), a la noción de ley material (49): así, por «legislación» habría de interpretarse producción de leyes materiales y por tales, para que la construcción encajara en parte con la reserva de Ley, debería entenderse las relativas a la propiedad y libertad. A este planteamiento responden ciertos con-

la de la reserva de Ley no se ceñía exclusivamente a los Reglamentos y, en lo que a éstos se refiere, presupuestas las condiciones para que la Administración dicte normas con fuerza obligatoria general, levanta un nuevo obstáculo para las que restrinjan la libertad y propiedad.

(49) D. JESCH, *Ley y Administración...*, págs. 143, 144 y 165; I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, págs. 169 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, 1988, págs. 37 y ss.

ceptos de ley material que no son generales y se diferencian sustancialmente de los contruidos en torno a la diferenciación de lo interno y lo externo (50). Con todo ello, se pretendía concluir que la ley material estaba reservada a la Ley formal, que aquélla constituía el ámbito de la reserva.

Pero, incluso aceptando ese concepto de ley material referido a propiedad y libertad que parece diseñado *ad hoc* para hacerla encajar con la reserva y sin otra base ni finalidad, la identificación es errónea.

§ 20. Se comprueba la inexactitud de tal identificación con sólo recordar que los conceptos de ley material utilizados comúnmente (51) trataban de circunscribirla al campo del Derecho frente al del «no-Derecho» y, aunque lo hicieran con criterios diferentes, siempre resultaba irrelevante que las normas fueran favorables o perjudiciales para la propiedad o libertad de los ciudadanos, que ampliaran o restringieran la esfera jurídica individual: no es posible hacerlo de otra forma, pues no cabe sostener que es Derecho —y ley material— toda norma que empeora la situación jurídica del ciudadano, y no la que suponga mejoramiento de la misma. Pero la reserva de ley se refería únicamente a la primera, contando, por tanto, con un campo más reducido que el de la ley material. Paralelamente, los Reglamentos incursos en la reserva no eran todos los «jurídicos» (52).

Lo anterior ha terminado por ser puesto de manifiesto por la doctrina alemana: «el concepto de ley no se puede deducir del concepto de reserva; tampoco es lícito proceder a la inversa» (53); la doble función de la fórmula «libertad-propiedad» (como criterio

(50) Se corresponden con la segunda de las nociones de ley material que ofrece D. JESCH, y que opone a las originarias de LABAND y JELLINER: «La segunda de estas definiciones considera la conocida fórmula "libertad y propiedad"...» *Ley y Administración...*, pág. 17.

(51) Sin embargo, no siempre es así: en ocasiones, sobre todo cuando el concepto se centra en las normas de generalidad y abstracción, bien pudiera pensarse que se atiende más a distinguir notas jurídicas y acto jurídico (por tanto, también dentro del Derecho) que Derecho y «no-Derecho».

(52) Esto sólo podía salvarse a un alto precio; así, ANSCHÜTZ entendía que era ley material exclusivamente la que limitaba o restringía la libertad. Cfr. D. JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 186, nota 209. Con ello, efectivamente, conseguía identificarla con la reserva de Ley sin cambiar el ámbito de ésta, pero acogiendo un concepto de Ley material que no sólo resulta inaceptable hoy, sino que era rechazado por sus contemporáneos; entre ellos, destacadamente, O. MAYER.

(53) C. STARCK, *El concepto de Ley...*, op. cit., pág. 385; vid., también, pág. 246.

para delimitar la reserva y el concepto de ley) heredada de la doctrina clásica «no está justificada» (54).

§ 21. Incluso reconocida hoy esa falta de justificación teórica, el intento doctrinal al que nos referimos ha dejado como herencia una dificultad considerable para precisar el significado de los términos que manejó. Porque la identificación se produjo a costa de retoques en los dos conceptos (reserva de Ley y ley material) que se pretendía asimilar. Las vías seguidas para ello fueron, alternativa o acumulativamente, restringir el concepto de ley material y ampliar el de reserva de Ley. Cabría decir que se intenta una aproximación de los dos conceptos desvirtuando el significado de ambos, pero, sobre todo, el de la reserva de Ley.

Probablemente, esté aquí el origen de las vacilaciones para definir la ley material y de su inexacta adecuación a la doctrina a la que esencialmente servía, así como las tendencias a conectarla con la libertad y propiedad. También está aquí la causa de las dificultades sobre el ámbito de la reserva de Ley, que, por este intento de asimilación a la ley material, empieza a aparecer tan pronto circunscrita a las limitaciones y restricciones a la esfera jurídica de los ciudadanos, que es su sentido propio y originario, como comprensiva de cualquier aspecto que se refiera de cualquier forma a esa esfera, que es lo que permitiría su aproximación a la ley material (55). Los problemas que ello produce se plantean sobre

(54) D. JESCH, *Ley y Administración...*, op. cit., pág. 183; vid., también, págs. 40 y 182 a 187.

Todo ello fue puesto de manifiesto en la doctrina española por L. MARTÍN-REFORTILLO BAQUER, *La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, núm. 39 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1962, pág. 291: «La idea que fundamentalmente trata de defender la doctrina de las materias reservadas a la Ley llega... a desorbitarse cuando, invirtiendo en cierto modo los términos de la cuestión, se pretende convertirla en la única idea informadora de lo normativo... C. SCHMITT denunció ya la alteración...: la invasión en la libertad y en la propiedad privada sólo pueden tener lugar en base a la Ley, luego Ley será toda invasión en la libertad y la propiedad. La inversión, desde luego, "resultaba políticamente sencilla, pero lógicamente falsa" y de este modo el proceso de caracterización de lo normativo, en base precisamente a la doctrina de las materias reservadas a la Ley, se llevaba a sus límites extremos, alcanzándose una posición que, aunque tuvo algunos defensores, está ya del todo superada...»

(55) Está posiblemente también aquí el origen de las dificultades para precisar el significado de otros términos, y no sólo los de reserva de Ley y ley material. Paralelamente, provoca la confusión en los conceptos de Reglamento jurídico y de Reglamento administrativo. Algo similar está, en parte, en la base de las dificultades del concepto de «relaciones de sujeción especial», que, según la variante doctrinal en que se inserte, tiende tan pronto a justificar un sometimiento a un poder de creación de normas «no jurídicas» como a configurar una inserción en la organización administrativa o un campo

todo al aplicar esta reserva de Ley a la Administración prestacional o favorecedora (v. gr., subvenciones).

Pero sus efectos sobre la reserva de Ley no se reducen a esa ampliación imprecisa. También provoca una restricción peligrosa que, a su vez, causa la pérdida de fundamento de toda la construcción. Y es que, al formular la reserva como una exigencia para las leyes materiales, se la convierte en una regla sobre fuentes del Derecho que no afecta a la total actividad de la Administración, sino sólo a su potestad reglamentaria (56). Al operarse esta restricción, la reserva deja de constituir una verdadera garantía de la libertad porque no impide las limitaciones y actos de fuerza individuales de la Administración. Con ello pierde su finalidad, su fundamento originario y su significado político esencial, haciéndose necesario acudir a argumentos simplemente técnicos sobre un supuesto carácter diferente de los Reglamentos que la Administración dictaría fuera de la reserva (57). Tampoco esto es completamente ajeno a algunas doctrinas españolas en las que, unas veces, se presenta como fundamento de la necesaria habilitación legal de todo Reglamento jurídico el valor de la libertad y la propiedad y, otras, se acude a una naturaleza diferente de unos u otros Reglamentos.

§ 22. Nada de lo anterior cuestiona la existencia misma de la reserva legal de intervención. Porque la identificación con la ley material criticada es, además, superflua e innecesaria, dado que la reserva podía basarse, como de hecho se hizo inicialmente, sin ese

exento de la protección general de la esfera individual y, por tanto, una libre aceptación de la sumisión. Todos estos conceptos nacieron como presupuesto necesario y, a la vez, consecuencia de ciertas construcciones. La doctrina que identificó reserva de Ley y ley material pervirtió su función y, con ello, su significado.

(56) Esto es observado por D. JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 40: «... el concepto material de ley no dice nada sobre si las normas individuales (actos administrativos) se hallan también sujetas a la reserva...».

(57) Debe notarse, finalmente, que con esta identificación se llega a la negación misma de una doctrina que merezca el nombre de reserva de ley. Esta es un límite, entre otras cosas, a un poder administrativo de emanar verdaderas normas jurídicas. Pero, al afirmar que sólo son leyes materiales las incluidas en la reserva, se está negando a la Administración cualquier posibilidad de poder propio para imponer tales normas: en las materias reservadas, porque *la reserva lo prohíbe; fuera de ellas*, porque no forman parte del Derecho y, consecuentemente, no son normas jurídicas.

Todo esto supone, en definitiva, que la vía de utilizar el concepto de ley material como punto de partida o de llegada de la reserva de Ley, de manera que ésta se ajuste a la extensión de aquélla, no sólo es injustificada, errónea y obliga a deformar los conceptos en juego, sino que, además, conduce a traicionar a la doctrina que pretendía explicar. En realidad, acaba siendo una forma tortuosa de exponer la doctrina de la ajuridicidad de ciertas normas administrativas.

supuesto soporte y con el único fundamento del valor y efectos de la libertad y la propiedad. Y es esto lo que debemos retener para su eventual aplicación al Derecho español: la reconducción de la reserva legal de intervención a la noción de ley material no puede acogerse (58) ni este concepto puede sostener a aquélla; la recepción ahora de una reserva de Ley equivalente depende de reconocer a la libertad y a la propiedad un valor y efectos iguales a los que entonces se le otorgaron, no de aceptar los conceptos de ley material y Reglamento jurídico. Estos, más bien, son la explicación, igual en la doctrina española actual que lo fueron en su momento en la alemana, de la imprecisión al definir la extensión de la reserva y de la ambigüedad para señalarle un fundamento.

Con todo, debe subrayarse que, incluso aceptándose esta errónea asimilación de reserva de Ley y ley material, tampoco aparece el Reglamento sobre organización con un régimen singular: a lo sumo, el Reglamento administrativo adquiere ahora perfiles más amplios de los que le correspondían originariamente, pero sigue sin incluir a todos los Reglamentos orgánicos y sólo a ellos; el concepto de Reglamento administrativo adquiere cierta tendencia a definirse por su contenido material, pese a lo cual no cabe identificarlo con los reguladores de la organización administrativa.

c) *Doctrina de la materia reglamentaria por naturaleza.*

§ 23. Una última vía que permitiría circunscribir la potestad reglamentaria reconocida en el artículo 97 CE a un campo concreto se puede entroncar, creemos nosotros, con la doctrina de la «materia reglamentaria por naturaleza», cuyas bases teóricas pueden encontrarse en HAURIOU (59). Claro es que si este poder tiene

(58) Naturalmente, estas cuestiones se plantean de forma distinta en Alemania, dados los términos del artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn. Pero, fuera de su campo de aplicación, la solución, al parecer, es diferente también en Alemania, según explica C. STARCK, *El concepto...*, pág. 75: «El Tribunal Constitucional Federal considera al poder de normación como "un elemento esencial de la autoadministración, en cuya concesión los Países no están limitados por la Ley Fundamental" y niega que exista una vinculación a las ideas fundamentales del citado artículo 80.» Con mayor razón puede negarse fundamento a cualquier traslación de las «ideas fundamentales» de ese artículo 80 a nuestro Derecho. Pero ello ya supone adelantarse a lo que luego se dirá.

(59) M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.ª ed., París, 1914, pág. 48, y *Précis élémentaires de Droit Administratif*, 2.ª ed., revisada y actualizada por A. HAURIOU, París, 1930, pág. 200.

Aunque sus tesis tienen gran influencia en otros autores, sólo él, como explica

un dominio natural, él mismo es también natural y, efectivamente, el Decano de Toulouse afirmaba que la potestad reglamentaria, aunque eventualmente estuviera proclamada en la Constitución y las Leyes, deriva de la «naturaleza de las cosas» (60). Así, frente a las tesis generalizadas en su época, sostiene que es «inexacto encerrar al Reglamento en el papel de coadjutor de la Ley», pues tiene otro de «cubrir las necesidades de la organización y del mantenimiento del orden» (61). Consecuentemente, la potestad reglamentaria tiene por contenido la ejecución de las leyes, la organización administrativa o la policía. Estos dos últimos ámbitos constituyen materia reglamentaria por naturaleza.

No procede analizar aquí los presupuestos que llevan a HAURIUO a estas conclusiones, ni tampoco todas sus consecuencias. Simplemente deben señalarse algunos aspectos: 1.º que, a diferencia de doctrinas precedentemente estudiadas, no hay aquí negación del carácter jurídico de las normas relativas a las materias reglamentarias; 2.º que la idea de un poder reglamentario natural exige, para adecuarse a la división de poderes, considerar que el Reglamento difiere de la Ley en todos los aspectos importantes (62); 3.º que es aquí, y no en las tesis alemanas del Reglamento administrativo, donde el Reglamento relativo a la organización de la Administración aparece con la característica de no necesitar habilitación legal (63); 4.º que, incluso así, tal carác-

R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, II, pág. 561, procede a señalar de manera radical un dominio propio del Reglamento y a separarlo del propio de la Ley. Estos datos básicos permanecen a lo largo de toda su evolución, pese a los muchos cambios que introdujo en las sucesivas ediciones de sus grandes obras, porque esta concepción del Reglamento se enlaza muy directamente con su configuración de la Administración como institución; se trata de una teoría «institucional» y «sociológica» del poder reglamentario, como explica J. C. DOUANÇE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, París, 1968, págs. 50 a 53.

(60) *Précis de Droit Administratif...*, pág. 48; *Précis elementaires...*, pág. 200.

(61) *Précis de Droit Administratif...*, pág. 65.

(62) Así lo hace M. HAURIUO; vid. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, op. cit., pág. 37, donde afirma que el Reglamento «no tiene nada en común» con la Ley.

(63) Precisamente por referirse al Reglamento de organización, y no al Reglamento interno, es por lo que no se cuestiona su naturaleza jurídica. No se trata, por tanto, de que HAURIUO con su idea de la organización como materia reglamentaria (o, en general, la doctrina francesa, que en lo relativo al Reglamento de organización de servicios suele ser coincidente) explique de forma distinta lo que los autores alemanes justificaron con la ajuridicidad de los Reglamentos administrativos. Se trata de que se están refiriendo a fenómenos distintos. En este punto es muy certera la observación de R. BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, pág. 299, que, tras explicar que la reglamentación del servicio público comprende la organización interna y la actividad de los particulares en relación con el servicio, aclara que «esta concepción... no coincide con la doctrina alemana. Es más amplia, puesto que la doctrina alemana limita el poder reglamentario a la reglamentación interna del servicio público», quedando fuera toda reglamentación de la actividad de los particulares.

ter no es exclusivo del mismo, sino común con los Reglamentos para la aplicación de las Leyes y con los Reglamentos de policía; 5.º) que estos últimos y los de organización no sólo no necesitan habilitación de ningún género, sino que tampoco requieren una Ley previa a la que desarrollar.

Estas ideas, que en realidad no son más que una explicación y justificación teórica del Derecho positivo francés de determinada época (64), se llevaron más allá de sus propios términos cuando la «materia reglamentaria por naturaleza» se pretendió convertir no sólo en el campo de desarrollo de los Reglamentos, sino en un límite al legislador, lo cual puede considerarse plasmado en la Constitución vigente de 1958 (65).

d) *Innecesariedad de habilitación legal para los Reglamentos de organización, en base al artículo 97 CE.*

§ 24. Con estos precedentes creemos posible analizar las interpretaciones del artículo 97 CE que giran en torno a los con-

(64) En este sentido, no nos parece muy aventurado afirmar que esta doctrina puede considerarse una alternativa de resultado equivalente a las que simplemente explicaban el campo del Reglamento en Francia como resultado de una costumbre constitucional, fruto, a su vez, de las necesidades prácticas y su armonización con los principios constitucionales, tal y como hacía, en suma, DUGUIT. En la misma línea, BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, op. cit., págs. 297 a 299, entendía que el ámbito del Reglamento es contingente y variable, y el que concretamente se le reconocía en Francia era simple plasmación de una «costumbre constitucional». Por esta vía se llegaba a las mismas consecuencias (ejecución de Leyes, organización y policía) a las que HAURIU llegaba por una especulación teórica, aparentemente desconectada de la realidad francesa, en la que simplemente encontraba la consagración de la «naturaleza de las cosas». Pero bien pudiera pensarse que, en el fondo, no era otra cosa que la justificación del Derecho francés.

(65) Sobre este punto, que no interesa, obviamente, desarrollar aquí y que la práctica constitucional francesa ha suavizado extraordinariamente —una posición extrema a este respecto puede verse en L. FAVOREU, *Les règlements autonomes n'existent pas*, «Revue Française de Droit Administratif», 3 (6), 1987, págs. 871 y ss.—, sí nos importa destacar que, con independencia de que la idea de la «materia reglamentaria por naturaleza» haya podido influir, es completamente ajena a ella y a HAURIU el convertir tal materia en un campo reservado al Reglamento. En general, los autores franceses centran el origen de la separación de un dominio reglamentario reservado en la IV República, en concreto en la Ley de 17 de agosto de 1948, pero allí no sólo hay una materia reglamentaria *par nature*, que efectivamente consagraban sus artículos 6 y 7, sino una deslegalización general de las Leyes reguladoras de tales materias. Vid. G. VEDEL, *Droit Constitutionnel*, 2.ª ed., París, 1949, págs. 501 y 502, y G. DUPUIS y J. DUPUIS, *Acte administratif. Domaine respectifs de la loi et du décret autonome*, Jurisclasseur Administratif, Fascículo 106, parágrafo 5 (véase nuestra nota 338). En cualquier caso, una cosa es admitir un dominio en el que el Reglamento puede producirse sin Ley y otra que en tal dominio no quepa la Ley. Esto último no está de ninguna forma en la doctrina expuesta.

ceptos de Reglamentos administrativo u organizativo y que tienen, en definitiva, a considerar que aquel precepto es suficiente para dictar los Reglamentos que encajan en las categorías citadas, pero no los jurídicos o normativos, que necesitarían de nueva habilitación legal. Aunque, con esta descripción sintética, lo dicho pudiera identificarse con las teorías alemanas antes expuestas (especialmente §§ 11 y ss.) hay considerables diferencias, pues ni el concepto de Reglamento «administrativo u organizativo» coincide con el que aquéllas utilizaban, ni se les niega a éstos carácter jurídico ni eficacia jurídica general.

Su gran formulador y máximo representante es GARCÍA DE ENTERRÍA, y a través de él trataremos de desarrollar esta doctrina sobre el artículo 97 CE.

§ 25. Parte de la existencia de un «poder reglamentario propio y general», «independiente», que no surge de delegaciones legislativas, sino, en nuestro caso, del artículo 97 CE (66). Mas, en principio, este poder no es ejercitable para regular cualquier materia: «hay un ámbito natural o inherente al reglamento» (67); es lo que denomina «materia reglamentaria», para entrar en la cual no necesita habilitación legal, bastando el artículo 97 CE (68).

Hasta aquí, entendemos, todo es coincidente o con el sistema francés (69) o con la de cierta doctrina francesa de un dominio reglamentario por naturaleza, aunque le dé una extensión más reducida (70), pero no con las doctrinas alemanas del Reglamento

(66) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1983, págs. 186 a 188, *passim*. Congruente con ello, se afirma (I, pág. 269) que cuando hay una remisión normativa «el poder desarrollado en la norma delegada es siempre un poder propio de la Administración, el poder reglamentario, y no un poder supuestamente transferido por el legislativo...».

(67) *Ibidem*, tomo I, pág. 205; también, pág. 243: «... ámbitos naturales del poder reglamentario y de la ley...». Naturalmente, tal ámbito no supone una reserva reglamentaria, lo que siempre descarta.

(68) *Ibidem*, tomo I, págs. 203 a 206, *passim*.

(69) Tiene interés destacar que, para el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, el supuesto básico de la existencia de una potestad reglamentaria general nos sitúa en la misma tradición francesa, y no en la alemana. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid, 1970, pág. 60.

(70) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, pág. 96, rechaza expresamente la idea francesa del «ámbito reglamentario *par nature*». Pero, sin perjuicio de las matizaciones que se desprenden de lo que después se dirá, no se encuentra otro punto de discordancia con esa doctrina que el de reducir ese ámbito. Nótese lo que realmente critica: «... la afirmación de un poder reglamentario general y autónomo de la Administración... que no se limita... al campo interior del aparato administrativo». *Ibidem*, pág. 95 (la cursiva es nuestra).

administrativo, que, según tenemos dicho, no señalaban propiamente una materia, sino un ámbito dentro del cual se producían los efectos de aquél.

Sin embargo, incluye en la materia reglamentaria «aquellas materias administrativas que pertenecen al ámbito interno o doméstico de la Administración», es decir, «los *aspectos organizativos*», aunque derivativamente comprende las relaciones con quienes se encuentran «en una situación de *sujeción especial*, relaciones subordinadas a la organización... y a sus exigencias» (71).

Con este campo de la materia reglamentaria, y aunque lo diseñó sin acudir a la doctrina alemana ni al concepto de Reglamento administrativo, va tomando elementos de todo ello hasta, posteriormente, identificar aquella «materia reglamentaria» con el campo del Reglamento administrativo (72) y concluir, por último, que éste no requiere habilitación legal (73).

Pese a todo, la configuración de ese Reglamento administrativo al que se refiere —y que denomina indistintamente «organizativo»— es distinta de la que le correspondía en la doctrina alemana clásica, pues está construida sobre su contenido y no sobre sus efectos exclusivamente internos. No niega a ese Reglamento carácter jurídico (74) ni su integración en el ordenamiento general (75). Tampoco está montado sobre su no incidencia en la libertad y la propiedad. Por ello no puede constituir fundamento de su peculiaridad ni la doctrina de la ajuridicidad de ciertas normas, ni la de la reserva de Ley de las leyes materiales. En realidad, según creemos, aunque con elementos y términos procedentes de estas doctrinas alemanas, lo que se recoge es más bien un dominio reglamentario por naturaleza ceñido a la organización administrativa. Lo encontramos corroborado al leer: en los «Reglamentos organizativos, la Administración ejercita una facultad de autodis-

(71) *Curso...*, tomo I, pág. 204; posteriormente, alude al mismo ámbito como «cuestiones administrativas que corresponden al ámbito organizativo de la Administración» (pág. 205).

(72) *Curso...*, tomo I, pág. 209; anteriormente, aunque a los solos efectos de determinar la competencia reglamentaria de los Ministros y órganos inferiores (pág. 193). Vid., también, pág. 242.

(73) *Ibidem*, I, pág. 214. Vid., también, págs. 210-211.

(74) Al contrario, esto lo combate expresamente. *Curso...*, tomo I, pág. 210.

(75) Vid. *supra*, § 15. Esa identificación la realiza expresamente (*ibidem*, I, páginas 193 y 242) entre Reglamentos sobre materias organizativas y relativas a las relaciones especiales de supremacía y, de otra parte, el concepto alemán de los «Reglamentos administrativos». Posteriormente habla ya de Reglamentos administrativos (pág. 214) como términos equivalentes referentes a un mismo concepto: «... Reglamentos de organización o meramente administrativos...» (pág. 209).

posición sobre sí misma...; cuenta, para ello, con una *potestad natural inherente a su posición jurídica*, que por ello no necesita justificar en cada caso con una Ley previa (...) ... autodispone de su propio aparato, al *configurar su organización*, hace uso de una potestad autoorganizatoria que es *consustancial* a su responsabilidad política» (76).

§ 26. Con lo hasta ahora expuesto no ha resuelto que es lo que ocurre en el campo exterior de esa materia reglamentaria, lo que, en su terminología, se ve obligado a hacer coincidir con el Reglamento jurídico. Este pie forzado parece determinante.

Así, parte de la exigencia de habilitación legal para regular cuestiones no administrativas o las que «aun siendo administrativas, implican para los ciudadanos como tales la *imposición de obligaciones o deberes*, la *limitación de su libertad* previa o de sus derechos» (77). Como se observará, esto parece una formulación exacta de la clásica reserva legal de intervención que no conduce de ninguna forma, tal y como hemos reiterado, al concepto de Reglamento jurídico. Pero esta exigencia de habilitación, así descrita, no cubre sino una parte de todo lo que queda fuera de la «materia reglamentaria» (78). Para que los dos campos coincidan en sus fronteras hasta alcanzar cualquier posible contenido de los Reglamentos, se va deslizando un concepto más amplio y ENTERRÍA habla de las «*situaciones básicas* de los sujetos, sus deberes, obligaciones y *derechos*, las posiciones relativas a unos y

(76) *Curso...*, tomo I, pág. 214.

(77) *Curso...*, tomo I, pág. 204; en parecidos términos, pág. 205: «... por no tratarse de cuestiones administrativas, bien porque tratándose de ellas está en juego la *imposición de deberes y obligaciones al ciudadano o la limitación de sus derechos...*» (las cursivas son nuestras).

(78) Fuera de esta «materia reglamentaria» quedarían, como mínimo: *a)* Las cuestiones no referidas a la Administración que ejerce la potestad reglamentaria. Aquí se incluirían las cuestiones no administrativas (relaciones entre particulares, o entre éstos y otros poderes públicos, o todo lo relativo a esos otros poderes, en especial el Judicial), pero también las administrativas afectantes a una Administración distinta de la que ejerce la potestad reglamentaria o a las relaciones interadministrativas, pues entonces no se está limitando a disponer de su propio aparato. *b)* Las cuestiones referidas a la misma Administración titular de la potestad reglamentaria cuando se trate de configurar respecto a ella situaciones jurídicas activas o pasivas de los ciudadanos o incluso de otra Administración. A esto equivale la autoatribución de potestad sobre otros sujetos o su autolimitación en cualquier forma.

Pero la reserva legal de intervención sólo cubriría las restricciones a la libertad o propiedad de los ciudadanos.

otros» (79), hasta llegar a afirmar que para cualquier regulación administrativa fuera de esa «materia reglamentaria» son necesarias «habilitaciones legales concretas» (80). Con ello, en fin, identifica este campo con el de los Reglamentos jurídicos o normativos en los que la Administración —dice— «no configura su organización interna, sino la situación jurídica de los demás sujetos» (81), y su afirmación inicial, reconducible a la clásica reserva legal de intervención, se transforma en otra que supone exigencia de habilitación legal para dictar Reglamentos jurídicos (82) y, consiguientemente, tanto restrictivos como favorables.

Para esta exigencia, la reserva legal de intervención no ofrece fundamento bastante y, si bien GARCÍA DE ENTERRÍA intenta mediante ella una ratificación de sus conclusiones anteriores (83), éstas realmente son deducidas por el ilustre profesor de otras premisas:

(79) *Curso...*, tomo I, pág. 205. La cursiva de «derechos» es nuestra y evidencia la ampliación que queremos destacar.

(80) *Curso...*, tomo I, pág. 206; también, pág. 242.

(81) *Ibidem*, pág. 211.

(82) *Loc. cit.* Nótese, sin embargo, que, aunque el concepto de Reglamento jurídico que ofrece coincide sustancialmente con el clásico, la exposición de ENTERRÍA lleva, en germen, ciertas diferencias derivadas de que el concepto opuesto (Reglamento «administrativo u organizativo») lo ha formulado por razón de la materia, más que por el de los efectos exclusivamente internos.

(83) *Curso...*, tomo I, págs. 248 y ss. Lo intenta a partir del artículo 53 CE, el cual muy difícilmente puede decirse que contenga realmente una reserva legal de intervención en su sentido y extensión tradicional (vid. *infra*, §§ 42, 44, 51) y, aunque la contuviera, ni alcanzaría a cubrir a todos los Reglamentos jurídicos ni ENTERRÍA afirma eso. Sí concluye diciendo que «el Reglamento independiente de la Ley en materia relativa a la libertad y la propiedad de los ciudadanos ha quedado formalmente excluido de nuestro Derecho». *Curso...*, tomo I, pág. 248. Pero el Reglamento jurídico no lo circunscribía a eso. Ambas ideas —Reglamentos jurídicos y materias reservadas a la Ley por la CE— son independientes en la doctrina expuesta y sólo hay un intento de encontrar *a posteriori* cierta corroboración de las conclusiones previas en la Constitución.

Todo ello creemos que queda más claro en su anterior obra *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, no sólo porque mantiene una solución semejante pese a no contar con un precepto similar al artículo 53.1 CE, sino porque los enuncia diferenciadamente: «La relación entre Ley y Reglamento se rige en nuestro Derecho por el juego combinado de los tres siguientes principios: materia reservada a la Ley, ámbito del poder reglamentario general (o no necesitado de habilitaciones legales específicas), principio de congelación del rango» (pág. 114). Creemos capital para la comprensión de su doctrina el que los dos primeros principios aparezcan independientemente y no deducidos el uno del otro. Paralelamente, dice que «la delegación puede suponer respectivamente a esos tres principios... una apertura al Reglamento de las materias reservadas a la Ley, una extensión de la potestad reglamentaria más allá de su ámbito ordinario o... romper el principio de congelación».

Por todo esto, su tesis, aunque de conclusiones muy semejantes a las de SANTAMARÍA PASTOR, no es idéntica a la de éste, que sí se basa realmente en una general reserva legal de intervención (vid. nota 15). Por ello, SANTAMARÍA no llega a afirmar que el campo de los Reglamentos independientes sea el de los organizativos (comprendiendo relaciones de sujeción especial), sino que incluye también los relativos a la actividad prestacional. *Fundamentos...*, I, pág. 793.

lo que implícitamente presta apoyo a esta final identificación de todo lo que no es «materia reglamentaria» con el Reglamento jurídico son aquellas doctrinas alemanas que hicieron coincidir la reserva de Ley con el campo de este Reglamento normativo. Fueron éstas las que, como explicamos (84), convirtieron a la reserva en una regla exclusivamente dirigida a resolver un problema de fuentes, a incluir en ella a todo Reglamento jurídico y a dejar fuera a los Reglamentos administrativos y sólo a ellos. Con estos precedentes, y la deformación del significado originario de los términos manejados que produjeron, se hace posible, ahora, reconducir esa «materia reglamentaria» al concepto de Reglamento administrativo y lo que queda fuera de ella al de Reglamento jurídico.

§ 27. Pero, aun así, debe notarse que, ni siquiera en esa tesis alemana, el Reglamento administrativo se definía por regular la organización y que, en cualquier caso, o se le negaba carácter jurídico o, más modernamente, integración en el ordenamiento jurídico general. Nada de esto ocurre en la construcción de GARCÍA DE ENTERRÍA, en la que estas diferencias cualitativas entre los dos tipos de Reglamentos se sustituyen, podríamos decir, por diferencias meramente cuantitativas: unos tienen mayor relevancia que otros. Así, la justificación de la exigencia de habilitación legal aparece escueta, pero reveladoramente: «... por la simple razón de que la creación del *Derecho objetivo para los ciudadanos* no puede independizarse de la Ley en el Estado moderno» (85); pero también la organización es Derecho objetivo, aunque, quizá, menos importante para los ciudadanos: «el *entramado básico del ordenamiento* pertenece necesariamente a la Ley, dada su fuente de legitimidad y su función creadora irresistible» (86). Es la tesis alemana de la creación del Derecho como monopolio de la Ley y del

(84) Vid. *supra*, especialmente § 21.

(85) *Curso...*, tomo I, pág. 214. La afirmación parece expresión de la reserva de ley formal de toda ley material. Pero E. GARCÍA DE ENTERRÍA no se sirve de este concepto de ley material ni expulsa al mundo del «no-Derecho» lo que queda fuera.

(86) *Ibidem*, tomo I, pág. 205. Posteriormente, explicando las diferencias entre Reglamentos administrativos y jurídicos, dice: «La doctrina alemana pretende que únicamente en este supuesto hay verdadera norma jurídica. De cualquier modo se comprende que la gravedad de esta normación es infinitamente mayor que en el caso anterior» (pág. 211). Aquí se manifiesta la recepción de la clasificación alemana, pero sustituyendo un criterio diferenciador cualitativo (norma jurídica o no; norma que se integra en el ordenamiento general o no) por uno, digamos, cuantitativo: mayor gravedad del Reglamento jurídico.

«no-Derecho» como reducto reglamentario, convertida en criterio simplemente cuantitativo: «... el entramado básico del ordenamiento...». Lo impreciso de este criterio determina que finalmente desempeñe un papel primordial la distinción entre materia organizatoria de la Administración y la que no lo es.

Así, en conjunto, esta construcción se asemeja, por la elección de un criterio basado en la materia regulada, a ciertas explicaciones francesas y, por otros elementos y por la terminología empleada, a las alemanas, especialmente las que reconducían la reserva de Ley a la ley material. No acepta, sin embargo, el fundamento de ninguna de las dos, ni tampoco sus consecuencias: es mucho más restrictiva que las francesas, que admitían, junto al Reglamento autónomo de organización, el de policía, además de los ejecutivos de Leyes sin habilitación; aparentemente, confiere mayores posibilidades a la potestad reglamentaria que las referidas tesis alemanas porque permite dictar a la Administración verdaderas normas jurídicas con relevancia externa general y, particularmente, Reglamentos de organización que no siempre encajarían en el concepto originario del Reglamento administrativo (87). Pero debe tenerse en cuenta que esas doctrinas alemanas no operaban sobre un previo reconocimiento constitucional de potestad reglamentaria, que sí ofrece para nuestro Derecho el artículo 97 CE, y que, ante una cláusula general semejante, las posibilidades de la Administración podían verse considerablemente ampliadas (88). Por el contrario, aquí no se reconocen unas reducidas posibilidades a la potestad normativa del Gobierno al margen de toda previsión constitucio-

(87) En este punto parece aproximarse a las ideas de FORSTHOFF sobre el Reglamento organizativo (vid. *supra*, § 14, nota 32), pero éste no llegaba a identificarlo con el Reglamento administrativo (véase la anterior nota 30).

(88) Así, O. MAYER, que negaba en principio que la Administración pudiera dictar normas jurídicas (según él, verdaderos Reglamentos) y sólo le permitía emanar «prescripciones administrativas» (equivalentes a lo que otros llamaban Reglamentos administrativos), consideraba que aquella facultad podía delegarse por disposición constitucional que atribuyera al Príncipe el dictar ordenanzas. *Derecho Administrativo alemán*, I, pág. 166. A. MERKL, aunque con planteamientos distintos, permite iguales conclusiones con su idea de la «autorización general» para dictar Reglamentos, que casi siempre se contiene, dice, «en una disposición constitucional»; vid. *Teoría General del Derecho Administrativo*, pág. 240. Por el contrario, F. FLEINER dice que no existe potestad reglamentaria autónoma por el solo hecho de que un artículo de la Constitución faculte al Gobierno a dictar «cuantas disposiciones de carácter general sean necesarias para el cumplimiento de las leyes», pues, según él, se refiere sólo a Ordenanzas administrativas (no establecen Derecho) y no a las jurídicas. *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 60, notas 18 y 26. Pero esta interpretación puede considerarse posible con un precepto que hable de «disposiciones de carácter general», no cuando, como en el artículo 97 CE, se refiere expresa e inequívocamente a «potestad reglamentaria».

nal, sino que la existente en el repetido artículo 97 se interpreta hasta constreñirla a aquéllas. Piénsese, incluso, que el artículo 97 queda con tan limitado contenido que no se confiere al Gobierno algo distinto de lo que se otorga a los Ministros, que, sin embargo, no cuentan con similar atribución constitucional (89), y que, para los Reglamentos jurídicos, se establece un régimen de tal forma estricto que se asemeja al de los Decretos-legislativos (90).

En todo caso, la dualidad de componentes y de justificaciones, a las que hay que sumar la invocación también de una verdadera reserva legal de intervención, origina dificultad para aplicar esta construcción a ciertas cuestiones fundamentales (91), pues, en realidad, cada una de esas justificaciones lleva a situar la línea divisoria entre los Reglamentos que requieren, o no, habilitación en uno u otro lugar.

§ 28. Esta doctrina ha ejercido gran influencia en los autores y la jurisprudencia. Es más difícil determinar hasta qué punto ha sido asumida en todos sus presupuestos y consecuencias o sólo parcialmente y, en cierta medida, en contradicción con los postulados de lo que se dice haber partido. Esto demuestra, sobre todo, que la construcción de GARCÍA DE ENTERRÍA constituye hoy la más sólida y acabada doctrina capaz de oponer algún freno a una

(89) Aunque con discrepancias (véase la anterior nota 10), mayoritariamente se reconoce a los Ministros algo muy semejante a lo que aquí se confiere al Gobierno. Si seguimos, concretamente, a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, se produce prácticamente identidad: los Ministros pueden dictar Reglamentos administrativos sin más habilitación que la del artículo 14 LRJAE (I, pág. 193) y Reglamentos jurídicos cuando cuenten con «habilitaciones legales específicas» (I, pág. 194). Parece que quiere apuntarse alguna diferencia cuando se afirma: «... sólo el Consejo de Ministros puede ejercer esa potestad reglamentaria originaria que la Constitución reconoce... El poder reglamentario de los Ministros, salvo las cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su Departamento... no es un poder reglamentario originario, sino derivado, fruto de específicas habilitaciones legales» (*loc. cit.*). Pero en la práctica, tras haber reducido en la forma que lo hace la «potestad reglamentaria originaria que la Constitución reconoce», no se ve mayor diferencia que el ámbito material de sus respectivos «Reglamentos organizativos».

(90) Nótese que E. GARCÍA DE ENTERRÍA exige para los Reglamentos jurídicos una habilitación legal en todo caso, como hemos reiteradamente expuesto, y, además, que tales Reglamentos cumplan una «función secundaria de complemento de la Ley» (*Curso...*, I, págs. 205, 211...). Sin los rigores de los artículos 82 a 85, hay aquí unas exigencias que se asemejan a las de una delegación legislativa propiamente dicha, como si para los Reglamentos jurídicos no tuviera ninguna importancia el artículo 97 CE, a no ser la puramente teórica de que en ellos se ejercita un poder propio.

(91) Por lo que se refiere a las subvenciones, por ejemplo, tiene ocasión de comprobarse en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención. Régimen jurídico...*, op. cit., págs. 511 a 524, especialmente pág. 513 y nota 93. Estas dificultades son comunes y hasta tienen en parte el mismo origen que las que se presentan para ciertas doctrinas alemanas. Vid. *supra*, § 21.

potestad reglamentaria que, sobre su natural voracidad, añade en España ciertos hábitos preconstitucionales y algunos soportes teóricos que tienden a proyectarla más allá de los límites tolerables en un Estado de Derecho. Quizá por ello la doctrina expuesta ha adquirido un valor convencional, por expresar, tal vez de forma excesivamente restrictiva, la tendencia contraria. En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES denuncia que se parte con frecuencia apriorísticamente, y sin explicación alguna, de que las materias organizativas y las relaciones especiales de sujeción son ámbitos reglamentarios sin necesidad de habilitación legal (92). No es más que expresión de una convicción jurídica ampliamente compartida en la que late la lúcida exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA.

Algunos autores muestran muy claramente esta influencia por encima de la asunción de los presupuestos necesarios e incluso de las conclusiones de la tesis analizada (93). Otros realizan, podría-

(92) *Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades*, núms. 100-102 de esta REVISTA, vol. III, 1983, págs. 2583-2584. Desde luego, no es éste el caso de la mayoría de los autores, que siguen en sus líneas sustanciales la doctrina que acaba de exponerse. Cabe aquí citar a F. SALINZ MORENO, *Reglamentos ejecutivos y Reglamentos independientes*, «REDA», núm. 20, 1979, en especial pág. 127, y J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, op. cit., donde no sólo se afirma que «la potestad reglamentaria que el artículo 97 de nuestra Constitución atribuye al Gobierno sólo es utilizable por éste, en ausencia de ley previa, en el ámbito interno o doméstico de la Administración» (pág. 180), sino que incluso hay una «convergencia» o un «acuerdo tácito general» en este punto, lo que nos parece excesivo.

(93) Tal es el caso, según creemos, de L. DE LA MORENA y DE LA MORENA y de J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA. El primero, en su *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1987, tras exponer los límites a la potestad reglamentaria que derivan de la reserva de Ley Orgánica, de la reserva de Ley ordinaria y de la «congelación de rango» (págs. 155-156), añade:

«Finalmente, si efectuadas todas estas sustracciones materiales en favor de la ley, nos encontramos con un supuesto residual cualquiera para el cual ni la Constitución ni ninguna Ley prohíben la entrada al reglamento (*reserva legal*) o se la impiden (*congelación de rango*), ningún obstáculo legal habrá ya para que el Gobierno pueda dictar libremente, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, el correspondiente reglamento, colmando con ello las insuficiencias de desarrollo (reglamentos ejecutivos) o, incluso, las lagunas o carencias de regulación en las que haya podido incurrir el legislador al dictar o no dictar la correspondiente ley (reglamentos independientes)» (pág. 156).

Hasta aquí (e igualmente en pág. 160) no podría haber una formulación más rotunda de la segunda de las tesis expuestas (vid. *supra*, § 6), máxime teniendo en cuenta que el autor comentado realiza una interpretación más bien restringida de las materias constitucionalmente reservadas a la ley (págs. 118 y 119). Sin embargo, inmediatamente concluye:

«Estos supuestos residuales de posible... regulación por el Gobierno... lo serán todos aquellos en los que los *aspectos regulados afecten*

mos decir, una rectificación sobre la marcha de su puntos de partida y su discurso para hacerlos compatibles con la diferencia entre los aspectos organizativos y los que no tienen tal carácter (94).

exclusivamente a la organización y al funcionamiento interno de los propios servicios (reglamentos administrativos, organizativos o de régimen interior) sin posibilidad, por lo tanto, de incidir sobre los administrados limitando sus derechos o ampliando sus obligaciones (reglamentos jurídicos)...» (págs. 156-157; cursiva en el original).

Esta segunda afirmación es coincidente con la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA y contradictoria con lo anteriormente transcrito, salvo que se ofreciera alguna justificación complementaria que no aparece.

J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, que optan por una exigencia general de Ley previa al Reglamento (vid. notas 8 y 98), dejan traslucir la influencia de la construcción expuesta y la tendencia a exceptuar tal requisito para los Reglamentos administrativos: al explicar la reserva formal de Ley consideran que la deslegalización «devuelve a la Administración lo que ya le estaba atribuido como ámbito de su potestad reglamentaria (constituido, fundamentalmente, por todo lo relativo a su propia organización o a su potestad doméstica)». *Principios...*, I, pág. 109.

J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, pág. 123, afirma rotundamente que «no caben... en nuestro sistema constitucional los reglamentos autónomos o independientes, es decir, aquellos que disciplinan una materia sin estar subordinados a una ley previa», e inmediatamente plantea «la cuestión de si son posibles los *reglamentos administrativos o de organización al margen de la ley*», respondiendo afirmativamente «al no estar prohibida por la Constitución la posibilidad de que el ejecutivo dicte reglamentos puramente organizativos» (*loc. cit.*).

(94) Así ocurre en A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980. Parte de una vinculación positiva de la Administración a la Ley absoluta y sin señalar excepciones de ningún tipo (págs. 78 y ss.), sin que quepa «pensar —aclara— en espacios exentos de la ley» (pág. 80). No obstante, cuando llega al problema de los Reglamentos, lo que se propone demostrar es una consecuencia mucho más modesta de aquella a que obligaría la vinculación positiva absoluta y general que previamente ha aceptado: «... conocida ya la condición de sometimiento... —de *positive bindung*— que el artículo 103.1 impone... parece obligado convenir que la potestad reglamentaria (*en cuanto pretenda operar sobre los ciudadanos en normaciones "ad extra"*, ámbito en el que actúa como garantía el principio de legalidad) es una potestad subalterna, subordinada a la ley, que no puede entrar en funcionamiento si no cuenta con el apoyo de una *previa base legal*» (pág. 92; la cursiva es nuestra, y justamente constituye lo que consideramos un añadido a su *positive bindung*, que, tal y como la había formulado, no tenía por qué limitar sus consecuencias a las normaciones *ad extra*).

Efectivamente, sus conclusiones son conformes con este más modesto propósito y, en lo que ahora nos interesa (exigencia o no habilitación legal), coincidentes con las de GARCÍA DE ENTERRÍA: el Reglamento administrativo no requiere habilitación legal (páginas 104 y 106), mientras que el Reglamento normativo sí necesita Ley habilitante (páginas 103-104 y 106).

Pero para llegar a esta conclusión ha dejado en el camino gran parte de los principios de que partía: admite la posibilidad de que el artículo 103.1 CE sólo contenga un principio de legalidad para el «*imperium* que quisiera operar sobre los ciudadanos...» (pág. 102), posibilidad que antes de entrar en el tema de los Reglamentos ni siquiera había planteado; admite algo parecido a un ámbito natural del Reglamento, pues no otro sentido tiene afirmar que «... cuando la potestad reglamentaria se agota en la gestión y ordenación "*ad intra*... [y] situaciones especiales de sujeción"... esa potestad está poniendo en acto una cualidad que le es propia, que no tiene que ser derivada de otro poder porque coincide con su entidad más originaria» (pág. 104). Covierte a ciertos efectos, pero no a otros, la *positive bindung* —así como el significado del artículo 103.1 CE— en la simple exigencia de un «previo marco legal», incluso sin habilitación y con cualquier contenido (págs. 100, 103 y 105); etcétera.

§ 29. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo han acogido la distinción entre Reglamentos normativos o jurídicos y administrativos u organizativos, pero muy frecuentemente es empleada con otros fines distintos del considerar que los primeros necesitan habilitación legal y a los segundos les basta el artículo 97 CE (95).

Desde luego, cuando se contraponen Reglamento organizativo y Reglamento de ejecución, como si se tratara de los dos elementos de una misma clasificación en virtud de un único criterio, hay una influencia de la doctrina analizada, aunque, entendemos, erróneamente asimilada (96). Esa supuesta contraposición sólo puede

En suma, más o menos forzosamente, se van introduciendo correcciones para dar cabida a la distinción entre Reglamentos normativos y administrativos, para exigir habilitación legal a los primeros pero no a los segundos, igual que GARCÍA DE ENTERRÍA, aunque GARRORENA imponga siempre la existencia de un previo marco legal, requisito que no aparece en la doctrina de aquí.

(95) Hacemos referencia con ello al hecho de que la distinción entre Reglamentos normativos y administrativos ha sido empleada con la finalidad de determinar las competencias reglamentarias de ciertos órganos o de concretas Administraciones. Todo esto pone de relieve cierta influencia doctrinal, incluso con la misma base a la ahora expuesta. Pero, obviamente, no tiene que suponer que unos necesiten habilitación legal y a otros les baste el artículo 97 CE, que es lo que ahora nos ocupa.

En particular, ha sido utilizada la distinción entre estos dos tipos de Reglamentos para determinar las competencias de las Comunidades Autónomas cuando tienen asumida la ejecución de la legislación estatal y para fijar la competencia reglamentaria de los Ministros u órganos inferiores. En cuanto a lo primero, sin embargo, debe observarse que el TC opone frecuentemente al Reglamento de organización no el jurídico, sino el concepto de Reglamento ejecutivo (vid. la siguiente nota).

En cuanto a lo segundo, es ilustrativa la STS de 19 de diciembre de 1986 (R. Ar. 8117): «... el Departamento ministerial posee competencia para regular... materias referentes... a las de carácter organizativo y... a las relativas a las relaciones especiales de sujeción...; habiendo señalado la doctrina el parentesco de esta distinción con la de la doctrina clásica alemana, al diferenciar entre Reglamentos jurídicos... y los Reglamentos administrativos...» (fund. 4.º). Otras muchas SSTS (p. ej., 15 de junio de 1982, R. Ar. 3635; 16 de diciembre de 1986, R. Ar. 8111) dan el mismo ámbito a la competencia reglamentaria de los Ministros, aunque sin usar la clasificación de la que ahora hablamos. Vid. nota 10.

(96) Probablemente, el punto de arranque está en el fundamento 4.º de la STC 18/1982, de 4 de mayo, que, después de referirse a los «Reglamentos ejecutivos» y de definirlos en el sentido amplio en que lo hizo el Consejo de Estado (vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español*, núm. 77 de esta REVISTA, 1975, pág. 141), al que cita expresamente, dice: «Pero, junto a éstos existen los reglamentos de organización que, todo lo más, alcanzan a regular las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos... en la organización administrativa...», y, al parecer, no se convierten en «ejecutivos» aunque desarrollen una organización prevista en una ley (fund. 7.º).

Las mismas ideas se desarrollan en la STC 35/1982, de 14 de junio, donde, además, se pone de relieve que el contenido de esos Reglamentos organizativos autonómicos puede serlo también de Leyes autonómicas, con lo que se da nueva savia, más que al concepto de Reglamento organizativo, al de Ley en sentido material y meramente formal; de hecho, se habla de legislación «en sentido material» (fund. 2.º). Pero hay una

explicarse por una previa identificación completa entre Reglamentos organizativos e independientes, por una parte, y Reglamentos jurídicos y ejecutivos, por otra, en todo lo cual podría subyacer la aceptación de diferencias en sus relaciones con la Ley en la misma línea que desarrollamos ahora.

Centrándonos ya en las sentencias que efectivamente acogen esta interpretación del artículo 97 CE, son escasas y claramente minoritarias (97). Incluso cabe dudar de la amplitud con que esas

diferencia fundamental con el concepto alemán, que no excluía de la Ley material la organización, o al menos no toda ella, como hemos demostrado (vid., especialmente, § 13), ni identificaba Reglamento administrativo con Reglamento de organización. De nuevo aparecen estas ideas en STC 39/1982, de 30 de junio, y otras posteriores.

No entraremos aquí en si con ello se consigue una razonable distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero sí en que se realiza una clasificación de los Reglamentos no justificada teóricamente. Al aplicarla el TS a problemas distintos, se produce una situación confusa que sería conveniente superar. Generalmente, el TS contrapone los Reglamentos ejecutivos a los que llama «autónomos», «independientes» o *praeter legem* (entre otras muchísimas, vid. SS de 2 de diciembre de 1986, R. Ar. 7103; 12 de noviembre de 1986, R. Ar. 8063; 22 de octubre de 1981, R. Ar. 4634, etcétera), y, con independencia de que sea discutible la amplitud que se da a unos y otros, así como algunos de los términos empleados, la clasificación está hecha lógicamente, porque las categorías que se obtienen responden a un único criterio: su relación con la Ley. Pero en algunos casos, y en la línea ahora estudiada, contrapone ejecutivos y organizativos. Así, y entre otras, SSTS de 16 de diciembre de 1986 (R. Ar. 8111), fundamento 2.º, y 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954). Para poner de relieve lo absurdo de la clasificación bastan estas mismas sentencias: la primera dice que la norma impugnada tiene «marcado carácter organizativo», pero luego observa que, además, es ejecutiva, por lo que habla del «aspecto irónico que tiene la clasificación a efectuar»; la segunda dice que determinado RD «no es una disposición general organizativa pura» por ser «desarrollo y ejecución de la Ley General de Sanidad», lo cual se comenta por sí solo.

Aunque aquí haya cierta influencia de la doctrina analizada, ésta, desde luego, no lleva a tal clasificación, y si GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que los Reglamentos organizativos pueden no ser ejecutivos, no quiere decir que no lo sean nunca; y si los jurídicos deben ser habilitados por Ley, no significa que no puedan presentarse algunos que carezcan de ella y, por tanto, serán, según su tesis, siempre ilegales.

(97) Entre ellas cita el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA la de 11 de abril de 1981 (R. Ar. 3405), relativa a un Reglamento sobre Agentes de Aduanas: tras decir que éstos están en «situación de sujeción especial» y que ello «legitima un mayor grado de intervención por los órganos de la Administración... la cual tiene la facultad-deber de adoptar (ejercitando la *potestad organizativa*...) las medidas que estime oportunas...», proyecta tal potestad organizatoria sobre la reglamentaria, la cual «opera con mayor o menor autonomía según se ejerza *ad intra* (es decir, con fines puramente autoorganizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial) o *ad extra* (lo que sucede cuando regula abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general)...». La influencia de GARCÍA DE ENTERRÍA no puede ser más patente, máxime cuando añade que «en el primer caso podrán dictarse los denominados reglamentos independientes, que son aquellos que no se fundan en una previa habilitación legal... en tanto que en el segundo nos encontraremos ante los reglamentos ejecutivos...». La verdad es que esta solución contaba con precedentes, también sobre Agentes de Aduanas, como el de la STS de 17 de diciembre de 1980 (R. Ar. 4635), que resuelve igual y con razonamiento semejante, aunque con otros términos.

Posteriormente, la STS de 11 de mayo de 1982 (R. Ar. 3324) aplica la misma doctrina a un Reglamento sobre medidas de seguridad bancaria partiendo de una muy discutible sujeción especial (vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Principio de legalidad*..., págs. 2576 y ss.)

sentencias asumen la exigencia de habilitación para Reglamentos jurídicos. Pues debe observarse que, cuando el Tribunal Supremo ha razonado en esta línea, le ha servido únicamente para justificar Reglamentos organizativos sin habilitación, no para anular los jurídicos que carecieran de ella; es decir, se ha aplicado en lo que legitima a la potestad reglamentaria, no en lo que la reduce: salvo excepción, se ha utilizado para obtener conclusiones semejantes a las que habría conducido negar cualquier límite que no sea expresamente deducible de la Constitución.

y, pese a tratarse de un Reglamento al que califica de independiente, dada su «falta de cobertura legal por innecesariedad de la misma», lo admite porque estos Reglamentos independientes despliegan «toda su eficacia en el ámbito organizativo interno de la Administración en el ejercicio de las facultades ínsitas en su propia y natural esencia...».

La STS de 28 de febrero de 1983 (R. Ar. 1063) reconoce una «materia propiamente reglamentaria», que es la «organizativa de la propia Administración», y otra que «por afectar a los derechos y deberes de los ciudadanos reconocidos por otras fuentes o a derechos no puramente administrativos, precisa una especial habilitación de Ley...». Pero estas declaraciones, inspiradas en la doctrina analizada, se ven contradichas cuando permite que se «pueda incidir a través de esa potestad (la reglamentaria) en las relaciones jurídico-privadas... para impedir que por ese medio resulte perjudicado el bien común», sin necesidad de habilitación especial.

Admite también una potestad reglamentaria para la organización administrativa sin habilitación legal la STS de 17 de noviembre de 1983 (R. Ar. 6055), entre otras, pero de ello no se deduce que sea exigible tal habilitación fuera de ese campo en todo caso.

Mayor interés presenta la STS de 27 de marzo de 1985 (R. Ar. 1668), que afirma que, dentro de las manifestaciones de la potestad reglamentaria local, está la «modalidad del *reglamento administrativo o independiente* cuando de normas *ad intra*... se trata...». Tales se refieren al «ámbito interno los aspectos organizativos propiamente tales y... las denominadas relaciones de supremacía o sujeción especial», y es en tal caso «donde cabe reconocer a la Administración una libertad de disposición normativa que se traduce en la producción de Reglamentos organizativos o *praeter legem* sin necesidad de previa habilitación o cobertura legal distinta de la primera atribución por ley de la potestad reglamentaria...». Pero, paralelamente a ello, no establece que todo Reglamento jurídico necesite habilitación especial y, dentro de la complejidad de esta sentencia, más bien apunta en la dirección de exígerla sólo a los Reglamentos que limitan la libertad —vid. *infra*, § 45, *d*), nota 203— y que no cubren la totalidad de los Reglamentos normativos.

En la STS de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954) se dice que, en materia reservada, está prohibido al Gobierno, salvo habilitación legal, dictar Reglamentos *normativos o jurídicos* (vid. *infra*, nota 269) «por contra del caso de inexistencia de tal reserva, en el que perfectamente puede proceder a disciplinar una materia, en lo esencial perteneciente al ámbito *interno u organizativo* de la Administración, por medio de uno de los *Reglamentos calificados de administrativos o de organización, posibilidad única de que sean independientes...*». Quizá constituya ésta la más completa recepción de la doctrina considerada ahora, aunque se llegue a ella por la vía de identificar Reglamento normativo con reserva de Ley, lo cual tampoco es completamente ajeno a la construcción de GARCÍA DE ENTERRÍA (vid. nota 83).

Por su parte, el TC no ha hecho ninguna aplicación de esta doctrina, aunque tampoco de otras en contra, y sus declaraciones de que los Reglamentos de organización, «sin decidir si son independientes, no tienen por qué completar una Ley» (STC 18/1982, de 4 de mayo), o que el poder reglamentario, «salvo muy contadas excepciones, sólo puede actuar cuando [el legislativo] lo habilite» (STC 35/1982, de 14 de junio), no alcanzan la mínima precisión para deducir una doctrina al respecto. Por el contrario, en el fundamento jurídico 24 de su sentencia 108/1986, de 29 de julio, parece rechazar por completo esta tesis de que el artículo 97 CE sólo permita dictar Reglamentos organizativos.

D) *Innecesidad de habilitación legal para los Reglamentos de ejecución de Leyes.*

§ 30. Como cuarta posibilidad en torno a la interpretación del artículo 97 CE referiremos, finalmente, la de considerar que este precepto permite, sin necesidad de una específica habilitación legal, la aprobación de Reglamentos para la ejecución de las Leyes. La idea de la ejecución reglamentaria de Leyes nos sitúa, en principio, en una perspectiva distinta al de las tesis analizadas anteriormente: en aquéllas se abordaba la exigencia o no de habilitación legal, sin entrar en la relación material entre el contenido de la Ley y el Reglamento; ahora es éste el aspecto central. Así, para que esta noción pueda contraponerse a las precedentes debe caracterizársela por el dato adicional de la innecesidad de habilitación legal para ese Reglamento de ejecución de Leyes: el Reglamento, con la sola base del artículo 97 CE, podría establecer las normas necesarias para la ejecución de Leyes preexistentes y sólo eso. Aunque excluyendo las materias cuya regulación reserva la Constitución a la Ley e introduciendo matices de interés, también esta tesis ha sido ensayada: fuera de la reserva constitucional de Ley cabría cualquier Reglamento sin necesidad de habilitación, pero sólo para complementar una Ley previa (98).

(98) En esta línea puede citarse a M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, núm. 88 de esta REVISTA, págs. 107 y ss., en especial págs. 128 a 130. Según él, «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...» (pág. 128). Pero ello no le lleva a admitir Reglamentos al margen de la regulación de una Ley: el poder reglamentario es «absolutamente condicionado; su ejercicio sólo se legitima *intra leges*... Queda, por tanto, excluida una potestad reglamentaria gubernativa de tipo autónomo o independiente...» (pág. 129). Consecuentemente, sólo acepta el Reglamento «*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 completa los aspectos orgánicos necesarios para su eficacia en el orden administrativo». Parece que la base de ello la encuentra en la expresión del artículo 97 CE «... de acuerdo con la Constitución y las leyes» (pág. 129). Pese a que su postura queda matizada (vinculación de la potestad reglamentaria a la función ejecutiva y admisión de Reglamentos temporales y transitorios, págs. 128 y 130), sigue respondiendo, en general, a las doctrinas expuestas.

También parece ser ésta la solución de J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1982, págs. 208-209, que afirman que en el artículo 97 CE «se trata de una potestad reglamentaria que no requiere, para su ejercicio, de una delegación concreta y específica del Parlamento... por encontrarse en la propia Constitución. Ahora bien, la forma en que se recoge la potestad reglamentaria es ciertamente limitada... El único reglamento que autoriza expresamente nuestra Constitución es... el desarrollo de la Ley (*secundum legem*)...». Para cualquier otro es necesaria

Se conecta ello con *cierto concepto material del Reglamento* según el cual éste sería propiamente expresión de una función ejecutiva y no legislativa: para la ejecución de las Leyes, el Gobierno no sólo habría de emanar actos individuales o realizar actuaciones materiales, sino que tendría también que dictar normas que se expresarían a través de Reglamentos. Siendo, pues, algo propio del Poder Ejecutivo, no necesitaría habilitación legal, sino que la simple existencia de una Ley cuya aplicación fuera administrativa sería bastante (99).

una autorización legal. Sin embargo, en otras partes, sobre todo al clasificar los Reglamentos, parece que exigen en todo caso una autorización legal, siquiera sea implícita (págs. 202, 225, 231, fundamentalmente); aunque con esto parece que se sitúan en la primera tesis estudiada (vid. nota 8), debe siempre entenderse que para los Reglamentos *secundum legem* no exigen tal habilitación. Por tanto, deben incluirse aquí en la medida en que el artículo 97 CE permite el desarrollo de cualquier Ley (salvo reserva de Ley) y sólo eso.

A caballo entre esta tesis y la anterior (innecesidad de habilitación para los Reglamentos de organización) debe situarse a A. GARRORENA MORALES, en tanto que, aunque entiende que para los Reglamentos administrativos no es necesario apoderamiento legal, sí exige una Ley previa que sería la que podrían completar aquéllos en base a una potestad general que se desprende del artículo 97 CE. *El lugar de la Ley...*, págs. 104 a 106. Es decir, que éste permitiría sólo Reglamentos que son al mismo tiempo administrativos y de desarrollo de una Ley previa. Vid. la anterior nota 94.

(99) Decimos que se conecta con un concepto de Reglamento en cierto sentido material porque se corresponde con un tipo de norma escrita que por su contenido, no por provenir de la Administración, tendría ya ese carácter de Reglamento. Ese contenido no alude a materia determinada, sino al complemento de una norma anterior, al detalle de la regulación que antes ha establecido otra norma que no sería un Reglamento. Cuando V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., Madrid, 1914, págs. 53 y 54, se plantea si la potestad reglamentaria, a la que identifica con aquella que establece reglas para la ejecución de las Leyes, debe corresponder al Legislativo o al Ejecutivo, expresa paladinamente este concepto material del Reglamento al que nos referimos. Cuando a esa cuestión responde que debe pertenecer al Ejecutivo porque, hallándose encargada la Administración de ejecutar las Leyes, natural es que tenga la potestad de desenvolverlas en las reglas que la necesidad de su ejecución impone (pág. 54), más que una respuesta, está dando la causa que le lleva a ese concepto material: no es que el Reglamento sea tal por emanar de la Administración, sino que es un Reglamento porque sólo contiene los detalles para la ejecución de otras normas y, como tiene exclusivamente este contenido, debe corresponder a la Administración, al Poder ejecutivo. A su vez, esto determina sus límites, pues, como explica J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Madrid, 193 , tomo I, pág. 111, éstos dependen, para los autores que admiten diferencias materiales con la Ley, de esas diferencias: consecuentemente, el límite del Reglamento es contener sólo los detalles, y así lo entendía SANTAMARÍA DE PAREDES, *ibidem*, pág. 57. Como observa, certeramente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «hay aquí ya un intento de separación de materias entre Ley y Reglamento, pero articulada sobre el dogma del carácter ejecutivo de éste». *Legislación delegada...*, pág. 162, nota 54.

Este criterio era dominante en los autores antiguos franceses, y nunca fue del todo abandonado. LAFERRIÈRE, DUCROCO y ESSMEIN son exponentes de este punto de vista que hace del Reglamento algo inherente al Poder Ejecutivo, pero siempre que consista sólo en lo necesario para ejecutar la Ley. Así, concretamente, E. LAFERRIÈRE, *Traité de la Jurisdiction administrative et des recours contentieux*, París, 1887, tomo I, pág. 434, dice que el Reglamento «se conecta directamente con el poder ejecutivo, pues éste, encargado de

§ 31. Sin dejar de reconocer la adecuación al Derecho positivo en ciertos momentos de este concepto y de las ideas en que se sustenta (100), no creemos que pueda deducirse ni explicar el artículo 97 CE.

asegurar la ejecución de las leyes, no podrá hacerlo sin edictar las prescripciones secundarias que esta ejecución comporta». De acuerdo con ello, considera a los Reglamentos «actos administrativos de una naturaleza particular» (pág. 435).

En el fondo, R. CARRÉ DE MALBERG se sitúa en esta misma tradición, de la que le diferencia únicamente en llevarla a sus últimas consecuencias. Fiel a su concepción de la Administración (según la cual no se diferencia de la legislación por adoptar decisiones particulares, pues también aprueba prescripciones generales, ni por el dominio de materias, sino fundamentalmente por el grado de iniciativa; vid. *Contribution...*, I, especialmente págs. 482 a 488) es su teoría del Reglamento: éste no es ni siquiera un acto administrativo de naturaleza particular, sino un «acto administrativo puro y simple y propiamente dicho» (I, pág. 572). Aunque tenga el mismo contenido de la Ley, no tiene el mismo poder de iniciativa y libre disposición, pues no puede intervenir más que en ejecución de la ley. No sólo tiene que ser *intra legem*, sino *secundum legem*, en el sentido de que sólo es válido en tanto que se funda sobre una ley o al menos se liga a un texto legislativo llamando a su ejecución» (I, pág. 576). «Ejecutar las leyes, tal es, pues, el único e invariable dominio del poder reglamentario» (I, pág. 579). Y este poder es simplemente una manifestación más del poder de ejecutar las Leyes, que era el único que atribuía la Constitución, poder que permite aprobar toda clase de prescripciones, a condición de que sea en ejecución de las Leyes (I, pág. 587). La Ley da la ocasión de ejercer ese poder reglamentario, pero no el poder mismo, que viene de la Constitución cuando encomienda la ejecución de las Leyes (I, págs. 593 y 594). Por eso afirma que, en cierto sentido, no existe nada más que una categoría de Reglamentos: los de ejecución de las Leyes (I, pág. 637), aunque algunos sólo se basan en una previsión legal, carente de una regulación material, de que se apruebe un Reglamento. También en este caso se está ejecutando una Ley; en contra, L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, I, pág. 752, le criticaba afirmando que «hacer una ley no es ejecutar la ley».

Sin basarse en esa concepción general de la Administración, esta misma noción y función del Reglamento no es, desde luego, exclusivamente francesa y española. También en Italia; vid., por todos, M. A. SANDULLI, *L'attività normativa della Pubblica Amministrazione*, Nápoles, 1970, págs. 61 a 65.

En Alemania estas ideas se corresponden, aunque con algunas diferencias, con la doctrina de A. MERKL, para el que también toda Ordenanza (salvo los Decretos-leyes) es ejecutiva. *Teoría General del Derecho Administrativo*, pág. 160. Constituye esto, y no su procedencia de la Administración, la base de su concepto de Reglamento: actos generales de ejecución (pág. 236). Por su relación con la Ley son todas equiparables, pues no hay nada más que diferencias cuantitativas (pág. 242). No hay forma de señalar el ámbito de los Reglamentos de una manera abstracta, sino en base a una Ley vigente (pág. 239). Las ordenanzas no pueden dictarse nada más que dentro del marco de las Leyes (pág. 240). Pero esto no quiere decir que necesiten siempre una Ley con una autorización reglamentaria especial: bastan autorizaciones generales, incluidas las constitucionales, para dictar Ordenanzas respecto a las Leyes de ejecución administrativa (pág. 240); si faltan éstas, el Reglamento se basará en autorizaciones especiales de Leyes particulares que establecen que han de ser llevadas a ejecución por vía de ordenanza. En defecto de esto, basta una Ley que encomiende su ejecución a la Administración sin prever Ordenanzas, porque la Ordenanza no es más que un rodeo para la ejecución (pág. 241). De nuevo nos encontramos con que el Reglamento es sólo ejecución de las Leyes y el poder de ejecución es suficiente para dictar Reglamentos.

(100) En este sentido, como mínimo resulta sorprendente y necesitado de alguna explicación, que probablemente pudiera encontrarse en este concepto material de Reglamento, el artículo 131 de la Constitución de Cádiz, que, tras reconocer, por una parte, la potestad legislativa y, por otra, la reglamentaria, señala como facultad de las Cortes «aprobar los Reglamentos generales para la policía y sanidad del Reino» (23.º).

El poder reglamentario como medio normativo de ejecución de las Leyes fue la explicación obligada cuando las Constituciones lo conferían exclusivamente con esa función o, incluso, cuando no lo conferían y había de deducirse de la cláusula general según la cual correspondía al Gobierno asegurar la ejecución de las Leyes (101). Únicamente ese presupuesto constitucional sustenta-

Son Reglamentos, pese a su aprobación parlamentaria, quizá por su contenido, aunque ahora no se trate de la ejecución de Leyes, sino de la policía.

Todavía pudieran encontrarse algunos apoyos positivos a un concepto material de Reglamento, y no exclusivamente formal, en el hecho de que algunas «Asambleas legislativas» de Comunidades Autónomas aprueban, además de Leyes, ciertos Reglamentos: así, artículos 23.2 y 31 del Estatuto de Asturias, que, además, encomienda su control a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 54). Pero esto es de tal forma excepcional, además de poder explicarse por otras vías, que de ninguna manera justifica mantener este concepto material de Reglamento.

(101) Esa era la base en Francia tanto en la Constitución de 1848 (art. 49.2) como en la de 1875 (art. 3), en las que la potestad reglamentaria se deducía de la función de vigilar y asegurar la ejecución de las Leyes. La misma fórmula prestaba fundamento a este poder en la Constitución de 1946 (art. 47). En otras Constituciones se hacía expresa referencia a los Reglamentos, pero sólo a los necesarios para la ejecución de las Leyes: así, en el Consulado, primer Imperio y en la Restauración tras 1830, pues antes, desde 1814, se incluían también los Reglamentos para la seguridad del Estado. Vid. L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, II, págs. 668 y ss.

En Italia, el Estatuto Albertino ofrecía el mismo presupuesto al disponer que el Rey «hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes» (art. 6).

Por lo que se refiere a España, según explica E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, pág. 36, nota 2, hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967, «la atribución de potestad reglamentaria, a la Administración resultaba en nuestro sistema de la costumbre constitucional, por la tradición de régimen administrativo de tipo francés». Pero en el artículo 171.1.ª de la Constitución de Cádiz se atribuía al Rey «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes». Tras el Estatuto Real de 1834, sin ninguna referencia expresa, salvo la reserva de Ley para tributos (art. 34), la Constitución de 1837 introduce una redacción que se repite posteriormente; artículo 45: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes»; artículo 47: además de las prerrogativas que la Constitución señala al Rey, le corresponde «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones para la ejecución de las leyes». Prácticamente en los mismos términos, Constitución de 1845 (arts. 43 y 45.1), de 1869 (arts. 35, 69 y 75) y de 1876 (arts. 50 y 54.1). Es posible que en la genérica alusión al orden público encontrasen apoyo Reglamentos independientes de policía; vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Notas para la historia de la noción de orden público*, «REDA», núm. 36, 1983, págs. 32 y ss. Pero, con independencia de ello, estas Constituciones centraban la potestad reglamentaria en la ejecución de Leyes. Esto sólo es lo que aparecía en el Proyecto de Constitución Federal (art. 72.9.º) y en el artículo 79 de la Constitución de 1931, aunque se completaba con el artículo 90, en el que se atribuía al Consejo de Ministros una potestad reglamentaria sin indicar materia. Sobre la evolución, vid. A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público occidental*, Madrid, 1971, págs. 39 y ss., y *Ley y Reglamento en España*, núm. 57 de esta REVISTA, 1968, págs. 85 y ss.

Aunque en las Constituciones alemanas aparecían en ocasiones fórmulas semejantes, eran frecuentemente interpretadas como referidas a Reglamentos ejecutivos administrativos. Vid. F. FLEISHER, *Instituciones...*, págs. 61 y 62, notas 18 y 26. Nada de esto hay en el artículo 97 de nuestra Constitución.

Como se habrá observado (vid. especialmente la anterior nota 99), sólo hay dos formas de fundamentar esta tesis: o considerar que toda la acción administrativa es ejecu-

ba este concepto de Reglamento. Incluso con él, se admitieron, al margen de esa cláusula constitucional, Reglamentos de organización y de policía sin regulación ni habilitación legal, por lo que, aunque algunos autores intentaran reconducir todavía todos ellos a la ejecución de Leyes en un sentido muy amplio (102), el concepto material de Reglamento al que nos referimos y su reducción al complemento de Leyes previas había devenido ya insuficiente (103).

Nuestra Constitución no fuerza a tal interpretación, puesto que su proclamación de potestad reglamentaria no aparece vinculada a la adopción de normas necesarias para la ejecución de Leyes. Desde luego, la expresión «de acuerdo con la Constitución y las leyes» no puede sustentar este concepto. Más bien cabe sostener, en sentido contrario, que el artículo 97 CE, al referirse separadamente a la «función ejecutiva» y a la «potestad reglamentaria», sienta un presupuesto radicalmente distinto al que en su momento sustentó esta doctrina. Siendo así, no hay ningún motivo para su pervivencia, ya que, incluso cuando parecía ser de forzosa

ción de Leyes, y que, por tanto, lo es también la que se realiza mediante Reglamentos, tesis que no es ni siquiera apuntada por los autores españoles, que reducen el Reglamento a esa labor ejecutiva; o entender que, aunque no toda la acción administrativa tiene ese carácter, sí lo tiene la potestad reglamentaria. Pero esto, o se basa en un concepto de Reglamento inadecuado o en una explícita declaración constitucional que el artículo 97 no ofrece: de «acuerdo con las leyes», no es lo mismo que «para la ejecución de las leyes», sobre todo si se habla al mismo tiempo de ejercer la potestad «de acuerdo con la Constitución».

(102) Es el caso, destacadamente, de G. VEDEL, sobre todo bajo la IV República; vid. *Droit Constitutionnel*, París, 1949, págs. 509 a 511, donde expone un concepto muy amplio de ejecución de Leyes que incluye los objetivos de orden público y de funcionamiento de los servicios públicos y, por tanto, de los Reglamentos de policía y de organización de dichos servicios. Vid., también, G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, 9.ª ed., París, 1984, págs. 59 a 61: «La ejecución de las leyes es más que la ejecución de cada ley» (pág. 61).

Resulta curioso observar cómo estas ideas —quizá más éstas que las de CARRÉ o MERKL, que son semejantes— aparecen en la STS de 17 de diciembre de 1982 (R. Ar. 8039): «todos los reglamentos de uno u otro modo son ejecutivos, en el sentido de desarrollar o aplicar las leyes, solas o en su sistema, constituyendo los organizativos y autónomos subclase de aquel conjunto...».

VEDEL se diferencia de CARRÉ DE MALBERG en que éste negaba que en las Constituciones de 1848 y 1875 subsistiesen los antes existentes Reglamentos de policía y de organización que no ejecutasen una concreta Ley previa (*Contribution...*, II, págs. 494 a 496), mientras que aquél, aun aceptando el hecho, lo explica como ejecución de las Leyes en general.

(103) Esto es así incluso para la mayoría de los autores franceses y aun antes de la Constitución de 1958. M. HAURIOU, por ejemplo, afirmaba que «sería inexacto encerrar al Reglamento en el papel de coadjutor de la Ley», aunque —dice— es esta misión la que contemplan las Constituciones, pues tiene otro de «cubrir las necesidades de la organización y del mantenimiento del orden en defecto de la Ley». *Précis de Droit Administratif...*, pág. 65.

admisión en base al Derecho Constitucional, mostró su incapacidad para explicar ciertas manifestaciones de potestad reglamentaria sin autorización legal. De otra parte, y salvo las correcciones que se le adicionen, obliga a admitir ante cualquier Ley, con las excepciones de las reservas materiales de Ley, su desarrollo reglamentario, lo que, en principio, no parece que pueda derivarse suficientemente del artículo 97 CE (104).

Pese a todo, no es ocioso aclarar que simplemente negamos que el artículo 97 CE, por su redacción o por su simple referencia a «potestad reglamentaria», sea revelador de que se reconozca al Gobierno la facultad de dictar Reglamentos para la ejecución de las Leyes y solamente eso. No descartamos que esto pueda deducirse de otras reglas. Tampoco la conexión de la potestad reglamentaria con la función ejecutiva (105). Pero, en su caso, tales conclusiones habrán de fundarse en otros argumentos.

II. *Imposibilidad de deducir del artículo 97 CE los límites de la potestad reglamentaria*

§ 32. Las tesis hasta aquí expuestas tienen todas ellas en común el intentar deducir la extensión de la potestad reglamentaria del artículo 97 CE. Sea por la vía de atender a un supuesto significado previo de la «potestad reglamentaria», sea por la de centrarse en la concreta redacción del precepto constitucional, se pretende en ellas establecer definitivamente, sin más correcciones que las que en su caso permitan las reservas de Ley, las posibilidades que confiere.

La falta de fundamentos sólidos y las dificultades intrínsecas que hemos venido subrayando permiten concluir, según creemos, que es necesario reconocer simplemente que en el artículo 97 CE hay consagración de potestad reglamentaria en favor del Gobierno (106), pero no señalamiento de sus límites.

(104) Frente a esta idea, que se corresponde con la generalizadamente admitida en Francia del Reglamento ejecutivo espontáneo, es ampliamente compartida entre nuestra doctrina la llamada de la «reserva de Ley en sentido formal», que parece justamente su antítesis y de la que hablaremos más adelante. Vid. *infra*, §§ 62 y ss. Anticipemos que, aunque no creemos que la potestad reglamentaria haya de circunscribirse al desarrollo de Leyes ni que todas las Leyes permitan el desarrollo de reglamentos, tampoco admitiremos la idea de reserva de Ley en sentido formal.

(105) Vid. *infra*, §§ 38 y 47.

(106) Este dato no debe ser olvidado: en la Constitución sólo hay atribución de

Es cierto, desde luego, que esa potestad reglamentaria tiene un significado y un contenido concretos, pero de ellos no se deducen las materias sobre las que ha de versar o su relación con las regulaciones legales o los sujetos a los que afectará. El significado de potestad reglamentaria, que obviamente no procede desarrollar aquí pero que es unánimemente admitido en nuestra doctrina (107), sólo permite afirmar que en el artículo 97 CE se reconoce al Gobierno poder para establecer normas jurídicas de eficacia general o que se integran en el ordenamiento jurídico general (108), pero que tienen rango inferior a la Ley. Ese poder nace, por tanto, de la Constitución: ésta, no el legislador, lo atribuye al Gobierno. En este sentido, debe hablarse de un poder propio del

potestad reglamentaria con una concreta configuración, en este caso general, en favor del Gobierno. Los restantes órganos se encontrarán en una posición diferente. Vid. *infra*, § 49.

(107) Con independencia de que lo formulen o no expresamente, puede deducirse de todas las exposiciones: si afirman que cuando el Gobierno regula la organización administrativa, con o sin habilitación legal, desarrollando o no una regulación de Ley, está ejerciendo la potestad reglamentaria; si, al mismo tiempo, afirman que cuando regula deberes o limitaciones de los ciudadanos ejerce la misma potestad; si cuando entra a completar una Ley entienden lo mismo; si cuando lo hacen incluso en materias reservadas a la Ley por la Constitución consideran igualmente que hay ejercicio de la potestad reglamentaria, etc., entonces es que esta potestad no tiene, por su misma definición, señaladas las materias que pueden constituir su objeto. Aceptar que en todos esos casos se está manifestando la potestad reglamentaria obliga a concluir que ésta sólo se define por la producción de normas que se integran en el ordenamiento jurídico general con rango inferior a la Ley y no por las materias. Las que puedan constituir objeto de sus preceptos sin habilitación legal, sólo con ella o ni siquiera con ella, no se deduce ni de su significado general ni de su plasmación en la CE. Y afirmar lo contrario, después de admitir que en todos los casos expuestos lo que se ejerce es la potestad reglamentaria y no otra, es ponerse en contradicción con uno mismo.

(108) Vid. *supra*, § 15. Nadie ha pretendido reducir el significado de la potestad reglamentaria a la facultad de dictar normas internas o con relevancia exclusiva para ordenamientos internos; menos aún simples circulares o instrucciones. Más bien ocurre lo contrario, al negarse a ello frecuentemente el carácter de Reglamento. A lo sumo, se ha llegado a decir que eso es también manifestación de la potestad reglamentaria y que es justamente para ello cuando ésta puede ejercerse sin habilitación legal, pero eso es distinto de que sólo esto sea ejercicio de la potestad reglamentaria.

Nosotros no entramos en si el artículo 97 CE permite dictar esas normas internas: también es posible que la potestad legislativa dé lugar a ellas o incluso a las que no merezcan ser consideradas normas jurídicas. Pero no parece que sea necesario invocar el artículo 97 CE para justificarlas. Sin base expresa se vienen admitiendo, como explicábamos antes, y podrían ser también producidas por órganos distintos del Gobierno que no se aprovechan de la cláusula del artículo 97 CE. Entre otras causas, precisamente por esta última, lo que ya no es posible es sostener que el artículo 97 se limita a autorizar al Gobierno a dictar esas normas internas sin relevancia para el ordenamiento general. Recuérdese que, en Alemania, los llamados Reglamentos, disposiciones o prescripciones administrativas se pretenden basar en un poder oficial, de supremacía especial, de jerarquía, etc., a falta de un reconocimiento de potestad para crear normas jurídicas. Sería absurdo que, existiendo ese poder (art. 97 CE), se asimilase a aquel otro configurado y reconocido históricamente ante la ausencia de una proclamación expresa de poder normativo de la Administración.

Gobierno, no delegado por el Legislativo (109), ni exactamente igual que el que éste ejerce al aprobar Leyes, pues por su significado intrínseco y configuración constitucional, no sólo porque proviene de la Administración, el Reglamento es inferior jerárquico de la Ley (110).

De este contenido de la potestad se deriva que su ejercicio no permite dictar «disposiciones legislativas», ni modificar Leyes, ni se limita a la producción de normas internas, etc., pero no qué materias pueden ser objeto de regulación mediante ella, con o sin habilitación, desarrollando o no Leyes previas. Este significado de la potestad reglamentaria tiene especial interés cuando, como ocurre en el artículo 97 CE, aparece desprovisto de condicionamientos materiales o de su necesaria adscripción a la ejecución de Leyes. Es decir, que ni del contenido general de la potestad reglamentaria, ni de la concreta forma en que es proclamada en la CE, cabe deducir su extensión material.

§ 33. Esto no lleva, sin embargo, a concluir que, a falta de tales límites, el Gobierno pueda ejercerlo para regular cualquier materia con las únicas excepciones que se expresan en la Constitución (reserva de Ley) y siempre que no contradiga una Ley. Obli-

(109) Esa consecuencia debe extraerse, inevitablemente, del artículo 97 CE: éste, como mínimo, significa que la potestad reglamentaria existe y es distinta de la legislativa, que aquélla es propia del Gobierno, no sabemos con qué extensión, por voluntad de la Constitución, no del legislador (vid. § 5 y nota 9, donde citamos sentencias que consagran este «poder propio»). Habrá que ser siempre congruente con esto, tanto al analizar lo que pueden suponer las habilitaciones o remisiones legales en favor de esta potestad del Gobierno como de las que se realizan en favor de órganos distintos que no cuentan con una cláusula semejante a la del artículo 97 CE (vid. § 49).

Nada de lo afirmado significa, sin embargo, que esa potestad reglamentaria esté garantizada constitucionalmente frente a cualquier restricción legal (vid. nota 307 y §§ 60 y 61).

(110) Es conveniente aceptar esta diferencia y no explicarla únicamente como resultado de la distinta posición de Parlamento y Gobierno y la subordinación de éste a aquél. Así lo aconseja la existencia de normas gubernamentales que, sin embargo, no están subordinadas a la Ley (arts. 82 y 86); así lo aconseja también la existencia de Reglamentos cuya real inferioridad jerárquica respecto a la Ley sería difícilmente justificable en un sometimiento del órgano del que emanan: piénsese en la potestad reglamentaria de alguna Asamblea legislativa autonómica (vid. nota 100) o del Tribunal Constitucional (art. 2.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre); así lo permite, además, el artículo 9.3 CE, que consagra el «principio de jerarquía» y que, por tanto, es capaz de justificar la diferencia de rango sin acudir a la situación del Gobierno respecto de las Cortes. No pretendemos apartarnos sustancialmente de la doctrina de que el Reglamento propiamente dicho (no así las normas que no se integran en el ordenamiento general) es materialmente igual a la Ley o, si se quiere, que es una Ley en sentido material; que, en la línea de DUGUIT, el Reglamento no se diferencia materialmente de la Ley (vid. nota 112). Pero es conveniente introducir esta modificación para adaptar plenamente esa doctrina a nuestro Derecho positivo.

ga, más bien, a ensayar otra vía que, en realidad, no tiene nada de novedosa, en cuanto supone centrar las diferencias entre Ley y Reglamento, a excepción de la inferioridad de rango de éste, en la distinta situación del Parlamento y de la Administración y, en cuanto a su respectivo ámbito material, en la diferente competencia de aquél y ésta.

Se trata entonces de comprobar que los límites de la potestad reglamentaria no derivan de un supuesto carácter esencial de la misma o de su configuración constitucional, sino que pueden basarse en los condicionantes generales del sujeto que la ejerce: no serían entonces específicos de la potestad reglamentaria, sino predicables, en general, de toda la actuación administrativa. Quizá un error de planteamiento de gran parte de las doctrinas sobre los límites del Reglamento sea precisamente adoptar esa perspectiva tan reducida sin mostrar que gran parte de tales límites no eran sino concreciones de los generales de toda la Administración. Olvidarlo lleva eventualmente a conclusiones desajustadas al Estado de Derecho, en el cual se prefiere siempre la norma general a la determinación individual de lo que es Derecho para cada caso, pues conducirá con frecuencia a admitir más fácilmente actos administrativos que Reglamentos de igual significado material (111). Además, llevando esa forma de razonar a sus últimas consecuencias, obligaría a soluciones más que comprometidas para explicar el diferente ámbito que tendrían atribuciones de potestad reglamentaria a órganos constitucionales no integrados en la Administración. Si, por contra, se acepta que gran parte de los límites derivan, no de la definición de potestad reglamentaria, sino de las características y situación en el ordenamiento del titular de la misma, las diferencias radicales surgirían con facilidad. Y es que, efectivamente, aunque la atribución de potestad reglamentaria cambia la posición del ente en favor del cual se produce, no alcanza, no puede alcanzar a provocar una metamorfosis tal que altere por completo su configuración institucional, sus relaciones con los otros poderes del Estado o con los ciudada-

(111) Así sintetiza O. MAYER esta idea fundamental de Derecho: «El principio es que, mientras sea posible, todo debe determinarse por una regla de derecho...». *Derecho Administrativo alemán*, tomo II, pág. 40. Sobre esto, que es en cierta medida la forma del principio de juridicidad del Estado de Derecho, vid. *infra*, § 37. Pero si se imponen límites a la potestad reglamentaria que no afectan, sin embargo, a las otras actuaciones no normativas de la Administración, no se consigue realmente limitar a ésta y sí dificultar la realización del Estado de Derecho.

nos. Salvo excepciones cumplidamente demostradas, lo que la potestad reglamentaria permitirá a quien la ostente será la emanación de normas jurídicas subordinadas a la Ley y con los mismos límites que sus restantes manifestaciones jurídicas: supone una facultad de establecer reglas de Derecho dentro del campo de ese sujeto, pero no un poder para hacer mediante tales reglas lo que escapa en general a sus posibilidades; éstas sólo son aumentadas en el sentido de autorizarle a crear normas jurídicas, pero no en ningún otro.

Así, poder legislativo y potestad reglamentaria tienen en común el que ambas suponen por igual creación de normas jurídicas (112) y se diferencian en el distinto rango de sus productos que determina la subordinación del Reglamento a la Ley. No hay diferencias ontológicas que justifiquen concluir en un distinto ámbito material. En su caso, esto dependerá de la diversidad de los sujetos que las producen, de la distinta competencia material de Parlamento y Administración.

LOS PRINCIPIOS DE JURIDICIDAD Y LEGALIDAD COMO LIMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA

I. *Planteamiento y precisiones terminológicas*

§ 34. Las explicaciones realizadas hasta aquí nos sitúan en la necesidad de indagar el ámbito de la potestad reglamentaria basada exclusivamente en una cláusula general como la del artículo 97 CE desde otra perspectiva, desde una perspectiva que ya no se centre en los caracteres, naturales o constitucionales, de la potestad en cuestión, sino en los de su titular. Aquéllos, sin perjuicio de

(112) Esto es tanto como afirmar que el Reglamento es una ley material, como demostrara, con especial insistencia y claridad, L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, II, págs. 209 a 226. Vid., también, G. JÉZE, *Principios generales del Derecho Administrativo*, trad. esp. J. N. San Millán Almagro, Buenos Aires, 1948, I, págs. 32 y 33. Pese a mostrarse muy distante de estos planteamientos, J. C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, op. cit., pág. 47, afirma: «Actualmente es imposible ignorar que la ley y el reglamento son idénticos desde el punto de vista material.» No hará falta insistir en que nosotros aceptamos esta identidad siempre y cuando, de acuerdo con O. MAYER (notas 34 y 35), se excluya del concepto de Reglamento a las «prescripciones administrativas», a las normas internas que no se integran en el Ordenamiento general. Si no es así podrá decirse, no obstante, que en todo caso hay normas jurídicas (MERKL, ROMANO...), pero completamente diferentes (vid. *supra*, § 15). Nosotros no nos ocupamos aquí de esas normas, sino de los verdaderos y propios Reglamentos que se integran en el ordenamiento jurídico general.

aportar elementos relevantes, no resuelven el campo material en que puede desarrollarse la potestad reglamentaria. Los que ahora trataremos de abordar no se constriñen a éste, sino que incumben o afectan a todas las actuaciones y poderes de la Administración, incluido, en caso de que exista, el reglamentario. A estos efectos, podemos situarnos en la línea de pensamiento que considera que Ley y Reglamento sólo difieren por el sujeto que los aprueba, pese a que no la consideramos completamente adecuada a nuestro Derecho, porque, en lo que se refiere a su respectivo ámbito material, sí que tienen, efectivamente, esa única justificación subjetiva.

En este plano más amplio, el estudio debe dirigirse a situar a la Administración en el conjunto del ordenamiento y de las funciones del Estado, especialmente, pero no únicamente, en relación con la Ley, lo que nos encamina, aun con los equívocos del término, al principio de legalidad administrativa, tema central de todo el Derecho Administrativo que aquí, huelga decirlo, no puede ser abordado en toda su amplitud y dimensión, sino sólo en cuanto resulte de más directo interés para nuestro propósito.

§ 35. Se hacen necesarias algunas precisiones previas sobre el significado que atribuiremos a los principios fundamentales a este respecto.

Las relaciones entre la Administración y el Derecho plantean tres tipos de cuestiones diferentes. En primer lugar, es necesario situar a la Administración en el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva no procede distinguir entre los diversos tipos de actuaciones administrativas ni entre los diversos elementos del ordenamiento; particularmente, no procede diferenciar las distintas fuentes del Derecho.

En segundo lugar, en un Estado de Derecho es posible plantear especialmente las relaciones entre la Administración, en cualquiera de sus actividades, y una concreta fuente del Derecho, la Ley, emanada de quien tienen atribuida propiamente la potestad legislativa y ostenta carácter representativo.

Por último, si existe una potestad reglamentaria de la Administración, cabe contemplar concretamente ésta en el conjunto del ordenamiento, en relación con las otras fuentes del mismo.

A estos tres tipos de cuestiones podemos decir simplíficadamente que responden el principio de juridicidad a la primera, el de legalidad a la segunda y los de jerarquía normativa y reserva

constitucional de Ley a la última (113). Pese a su continua invocación, y carácter fundamental, se trata de expresiones cargadas de valores convencionales no siempre depurados, por lo que es conveniente extremar el rigor en su utilización (114). Su precisión se convierte en imprescindible con sólo afirmar que a lo que generalmente se considera hoy principio de legalidad de la Administración no pone a ésta en relación con la Ley, sino con el ordenamiento en su conjunto, por lo que más bien se sitúa en el nivel de la juridicidad y que, bajo el término «reserva de Ley», se esconden realmente dos significados distintos, uno relativo a toda la actuación administrativa y otro sólo a su potestad reglamentaria, de los que el primero encaja con lo que nosotros hemos situado en el principio de legalidad. Estas divergencias terminológicas, que son trasunto de un desacuerdo más profundo, fuerzan a un análisis metódico de estas eventuales vinculaciones jurídicas de la Administración para hallar su verdadero fundamento y contenido hasta concluir si alguna de ellas, afectando a toda la actuación administrativa, puede ofrecer también los límites de la potestad reglamentaria.

(113) Nada impide, sin embargo, que la respuesta que se dé a alguna de estas cuestiones haga innecesario plantear aisladamente las otras. Así, por ejemplo, I. DE OTTO explica que un principio de legalidad entendido como vinculación positiva que cubra toda la Administración y todos los Reglamentos imposibilita hablar de reserva de Ley (*Derecho Constitucional...*, op. cit., pág. 137), aunque no queda claro el concepto que maneja de reserva, además de conjugar el tema con el de la existencia de límites constitucionales al legislador; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, pág. 509, se pronuncia en parecidos términos. Sobre la inconveniencia de hablar de reserva de Ley si se admite un principio de legalidad general, vid. también J. SALAS, *Los poderes normativos...*, op. cit., pág. 52.

(114) La existencia de diversos significados tras las mismas expresiones y la dificultad que ello entraña es generalmente reconocida. Por sólo citar un ejemplo destacado en nuestra doctrina, J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el Reglamento: Reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional*, núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, vol. I, págs. 473 a 477. Además, allí distingue, de forma parecida a la realizada en el texto, principio de legalidad, reserva legal y primacía de la Ley (especialmente pág. 477). Aunque parece que falta el principio de juridicidad, éste se contiene bajo el nombre de principio de legalidad (págs. 473-474) y, realmente, el que no aparece, como es general en nuestra doctrina, es éste.

Especial interés tienen, en lo que se refiere a poner de relieve la confusión que existe sobre estas expresiones y por su aportación a clarificarla, Ch. EISENMANN, *Le Droit Administratif et le principe de legalité*, «Etudes et Documents. Conseil d'Etat», núm. 11, 1957, págs. 25 y ss., y publicado también en *Cours de Droit Administratif*, París, 1982, I, páginas 451 y ss.

II. Principio de juridicidad y potestad reglamentaria

§ 36. El principio de juridicidad, en su formulación originaria, fue enunciado por MERKL como «la conexión necesaria entre derecho y administración», significando que «cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción» (115).

Nada había en este principio que reflejase una supuesta conquista política. Más bien se trataba de una consecuencia de la concepción kelseniana del Derecho y la función administrativa que situaba a todo órgano estatal en una posición frente al ordenamiento distinta de la situación jurídica de los hombres (116). Por eso, MERKL consideraba a este principio como «una ley jurídico-teórica, sin excepciones e inviolable» (117) que «no prejuzga... la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa» (118), ya que se cumple «donde una única norma de competencia... contiene el fundamento de todas las actuaciones administrativas» (119). El mismo Monarca absoluto se adecua a la juridicidad, pues se apoya en la competencia derivada del principio jurídico *regis voluntas suprema lex* (120).

Este principio, prácticamente con el mismo significado, fue recibido en España a través de BALLBÉ, aunque ya con el germen de su equívoca identificación con el principio de legalidad (121).

(115) A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, trad. esp., México, 1980, pág. 212.

(116) MERKL afirma: «El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el Estado puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia... el derecho administrativo no es sólo la *condicio sine qua non*, sino *condicio per quam* de la administración» (*ibidem*, pág. 211).

(117) *Ibidem*, pág. 212. Todo lo contrario mantenía respecto al principio de legalidad. Vid. *infra*, § 46.b).

(118) *Ibidem*, pág. 213.

(119) *Ibidem*, pág. 214.

(120) *Loc. cit.* Cuando se presenta a este principio como sistema de atribución de potestades a la Administración para decir que ésta no cuenta con otras potestades que las que el ordenamiento jurídico le atribuye, su inevitable carencia de excepciones aparece de nuevo servida, puesto que, siguiendo a SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp. Sentís y Ayerra, Buenos Aires, págs. 299 y ss., se afirma que la potestad, por definición, «procede directamente del ordenamiento». Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 419.

(121) M. BALLBÉ, voz «Derecho Administrativo», en *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, tomo I, Barcelona, 1950, págs. 55 a 82. Aunque afirma que «la conexión necesaria entre Administración y Derecho... puede ser designada como principio de juridicidad...» (pág. 66) y que cabe distinguirlo del principio de legalidad (nota 37), entiende que cualquiera de estos principios presupone siempre al otro, lo que supone, además de un apar-

Debe ponerse de relieve que el principio de juridicidad expresa siempre y necesariamente una «*vinculación positiva*», y no simplemente negativa, de la Administración al ordenamiento (122). Es posible que, según sea el sistema político, cambien los requisitos que se exigen a la norma de competencia. Pero ésta siempre ha de existir, y no puede dejar de ser así, aunque en algunos momentos haya atribuido poderes generales y absolutos y no estuviera expresamente proclamada.

Afirmar que en todo momento este principio es válido no supone considerar que todo acto de poder lo respete: la atribución de competencia siempre existe, en cada ordenamiento con una forma distinta, pero los actos de los poderes pueden no respetarla. Incluso cuando su expresión era la del *regis voluntas suprema lex*, suponía límites para los agentes públicos, cuya vulneración lo sería del principio de juridicidad.

Pese a ello, formulado en los términos que lo hemos hecho, el principio de juridicidad no puede constituirse de ninguna forma en límite a la potestad reglamentaria que, según hemos demostrado, atribuye efectivamente el artículo 97 CE. A lo sumo serviría para exigir una cláusula semejante, pero, una vez existente, ninguna precisión aporta su significado. Si sólo este principio de juridicidad se admitiera, no encontraríamos en nuestro Derecho ningún nuevo límite a la potestad reglamentaria, como demuestra, además, la doctrina española (123).

tamiento completo de la tesis de MERKL, un primer paso para su identificación: «Discrepando —dice— de MERKL, hay que entender... que si bien es cierto que cabe distinguir los principios de juridicidad y legalidad, no obstante, del mismo modo que éste presupone aquél, así también el principio de juridicidad entraña el de legalidad...» Hay en su razonamiento, creemos, la consideración como verdades atemporales y absolutas de lo que sólo ha sido cierto en momentos y lugares determinados. Nosotros entendemos con MERKL, como se verá, que «el principio de legalidad presupone el otro principio», pero no a la inversa. *Teoría general...*, pág. 215.

(122) Si la vinculación positiva al ordenamiento expresa, en efecto, una regla jurídico-teórica sin excepciones, la vinculación negativa al ordenamiento no es ya ni siquiera eso, sino una simple tautología porque es un dato esencial y elemental del concepto de ordenamiento jurídico; éste nunca permite ir contra él: si autoriza a que los actos individuales puedan apartarse de la norma general, eso no significa que permita infringir el ordenamiento, puesto que es él mismo el que así lo prevé.

En este punto de admitir una vinculación positiva al ordenamiento puede afirmarse que hay acuerdo doctrinal y sólo cambian los términos en que se expresa. Así, F. GARRIDO FALLA, que combate la existencia de una general vinculación positiva a la Ley, entendiendo que es sólo negativa, admite, sin embargo, según entendemos, una vinculación positiva respecto del ordenamiento e incluso, más concretamente, respecto a las normas escritas. Vid., especialmente, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, 1987, pág. 130, nota 37.

(123) En este punto merece especial mención J. TORÑOS MAS, *La relación...*, op. cit. Afirma TORÑOS que como «el principio de legalidad supone la vinculación de toda actua-

§ 37. Se ha generalizado, según anunciábamos, denominar a esto hasta ahora expuesto principio de legalidad (124). Esta terminología es equívoca, porque no hay aquí una conexión especial con la Ley, sino con el Derecho, y confusa, porque dificulta la percepción de un auténtico principio de legalidad que merezca propiamente esa denominación. Con esta otra denominación se le presenta, además, como una conquista histórica, como si fuera posible y hubiese existido anteriormente una Administración que escapara a él (125). Frente a esto, recuérdese, MERKL consideraba a su principio de juridicidad una regla jurídico-teórica sin excepciones. Pese a todo, las dos ideas son conciliables una vez que se comprende que con el cambio de denominación se introducen también algunos contenidos nuevos, aunque ni con ellos merezca ser considerado con exactitud principio de legalidad. Lo que se formula, en realidad, es la forma concreta que adopta el principio de juridicidad en el Estado de Derecho.

ción administrativa a una norma jurídica previa, debe explicarse en base a otros principios la relación entre la Ley y la potestad reglamentaria» (pág. 474). Como se observará, el principio del que habla se corresponde básicamente con el que MERKL llamaba juridicidad. Así vuelve a dejarlo claro en pág. 477, al decir que «el principio de legalidad plantea la relación de la Administración como poder de ejecución frente al ordenamiento»; tal relación consiste en el «respeto a una norma jurídica previa que habilite la potestad administrativa» (pág. 475). Por tanto, su afirmación inicialmente transcrita es que el principio de juridicidad, con su contenido y significado esencial, sin adherencia de elementos históricos, sino como regla jurídico-teórica, no explica las relaciones entre Ley y Reglamentos. Así es, efectivamente: también los Reglamentos forman parte del ordenamiento y pueden, consiguientemente, constituir las normas de competencia que el principio exige, una vez que hay una norma anterior que atribuye la potestad reglamentaria.

(124) Algunos autores reconocen expresamente que lo que consagran como principio de legalidad pudiera considerarse juridicidad. Así, G. VEDEL y P. DELVOUTÉ, *Droit Administratif*, op. cit., pág. 374, reconocen que el término principio de legalidad es criticable, pero difícil de sustituir porque la expresión «principe de juridicité» es un barbarismo y el de «sumisión de la Administración al derecho» resulta «perifrástico». Igualmente, A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité...*, op. cit., I, pág. 257, que, pese a todo, siguen hablando de principio de legalidad *lato sensu*, entendiendo que «sólo hay que lamentar desde el punto de vista del vocabulario, que las palabras... evoquen una noción (la "ley") que no corresponde más que a una fuente...». En España, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 413, reconocen que a lo que ellos llaman «principio de legalidad» es a lo que MERKL denominó «principio de juridicidad».

Aun con esas confesiones, siempre hay algo más que expresa, ya concretamente, la superioridad de la Ley. Vid. § 39.

(125) La idea de una Administración que escapaba al Derecho y de un Estado de Derecho que consagra el principio de legalidad administrativa con el que se supera ese estado de cosas es absolutamente generalizada y de innecesaria corroboración mediante citas de autores. Pero es particularmente ilustrativa y útil a nuestro propósito la sintética explicación de J. RIVERO, *Droit Administratif*, 2.ª ed., París, 1980, pág. 14, que, muy en línea con clásicas explicaciones de la doctrina alemana, afirma que existían antes normas que regulaban la actuación de la Administración, pero ante su incumplimiento el administrado no tenía posibilidades de reacción, por lo que no eran reglas jurídicas y puede decirse que la Administración no estaba sometida al Derecho.

Muy simplificada, se trata de que ya no basta cualquier norma de competencia, por general que sea, sino que son necesarias normas escritas con cierta especificación, con límites relativamente precisos y, sobre todo, con el necesario respeto de lo individual a la disposición general (126). Quizá esté aquí la explicación de por qué, en ocasiones, se habla también con semejante significado de «principio de normatividad previa» (127). En el fondo de todo ello subyace no un concepto general de Derecho, sino un concepto material del mismo adecuado al Estado de Derecho en el que es fundamental cierta preferencia de la norma general sobre la determinación de lo jurídico para cada caso concreto (128) y en el que de aquella norma, del Derecho objetivo, han

(126) Aparecen entonces dos aspectos distintos: uno, relativo a las formas de habilitación de poderes; otro, respecto a los límites en el ejercicio de éstos.

Con respecto a lo primero se insiste, y es lo que aquí más nos importa, en «el principio de la tasa o mensurabilidad de todas y de cualquier competencia pública», que es «un principio esencial del Estado de Derecho contemporáneo». E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 427. Con respecto a lo segundo, aparece como esencial la distinción entre la determinación general del Derecho y su determinación para el caso concreto. Lo expresa así L. DUGUIT: «El Estado de Derecho no existe sino cuando las prescripciones individuales del orden jurídico sólo pueden ser formuladas con los límites de una disposición general que es la regla de derecho.» *Traité de Droit Constitutionnel*, op. cit., II, pág. 172. El principio de juridicidad (aunque se le llame legalidad) tiende a convertirse en «expresión del sometimiento de la actuación no normativa de la Administración al Derecho». En este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, op. cit., págs. 475-476. Mayor será el sometimiento al Derecho mientras más concretamente estén reguladas las actividades administrativas, por lo que se llega a exigir por algunos el requisito no ya de una habilitación previa, sino de una regulación previa (vid. nota 127). Con la alusión amplia al Derecho, y no sólo a la Ley, el sometimiento de la Administración es más intenso. Cuando, además, se impone su subordinación a los principios generales del Derecho, se presenta a todo ello como una superación del legalismo y un avance más en la sujeción de la Administración al Derecho; pero aquí no aparece nunca la relación con la Ley, pues ni la norma habilitante ni la reguladora tienen que ser precisamente una Ley. Pero, en cualquier caso, habrá que afirmar con D. JESCH, *Ley y Administración...*, op. cit., pág. 45, que esta «juridicidad de la Administración» (frecuentemente denominada legalidad), entendida como «sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico en su totalidad, es decir, a todas las proposiciones jurídicas, de naturaleza escrita o no escrita», no hace sino pronunciar «algo que es evidente».

(127) Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, págs. 476, 505 y ss., 533-534, aunque en esta normatividad previa se mezcla también, como fundamento, el hacer posible el control judicial. Probablemente no muy distinto sentido pueda darse a la afirmación de F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, 8.ª ed., Madrid, 1987, pág. 130, nota 37, de que la *positive Bindung* no se refiere al problema de la posición de la Administración respecto a la Ley formal, sino «a la reglamentación previa como condicionante de la actuación administrativa singular». Pero obsérvese que aquí ya no se habla del ordenamiento en su conjunto, sino sólo de sus normas escritas. Esto se conecta con la idea de HAURIOU del «bloque de la legalidad».

(128) «Lo que distingue unos Estados respecto de otros» es «lo que unos y otros entienden por Derecho. Es ahí, en ese terreno material... donde las diferencias son considerables. Cuando se niega a un Estado su condición de Estado de Derecho, se parte, obviamente, de una determinada concepción ideal del Derecho...». Es esta exacta afirmación de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 409, la que explica que se entienda que antes la Administración no estaba sometida al Derecho. Lo estaba, pero su sometimiento era a un ordenamiento materialmente distinto. Lo que muchos autores

de derivar derechos subjetivos, concretamente de los ciudadanos frente al poder (129).

Con estas adherencias, el principio de juridicidad (aunque se le denomine de legalidad o normatividad) sí tiene un contenido que representa un avance histórico del Estado de Derecho, pues es perfectamente posible, y de hecho existió antes, una Administración en la que bastaban atribuciones de poderes generales y absolutos y que se podía separar, en cada caso, de las disposiciones generales (130).

Aun con esta forma concreta que adopta la juridicidad en el Estado de Derecho no es fácil deducir de aquí límites a la potestad reglamentaria. Reconocida ésta, puede considerarse satisfecha la exigencia de una cláusula de atribución concreta. Tras ello, el principio de juridicidad supone, al menos primeramente, un impulso al ejercicio de la potestad reglamentaria y ello por varias razones: por una parte, porque los Reglamentos son normas que vinculan a los actos individuales, logrando así la realización del ideal de la normatividad previa; por otra parte, porque el Reglamento puede, él también, realizar una autoatribución de potestades en favor de la misma Administración (131). La doctrina,

llaman principio de legalidad, que no es tal, pues no expresa una relación con la Ley, no es más que el sometimiento al ordenamiento jurídico con los caracteres que éste adopta en el Estado de Derecho.

(129) Sólo así cabe hablar de que una «legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones», como hace GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, tomo I, pág. 412; pero esto ya no es una legalidad (o juridicidad) cualquiera, sino la propia del Estado de Derecho. Véase la anterior nota 125.

Todo esto hace que esta concreta forma del principio de juridicidad (denominado generalmente de legalidad) ya no se justifique en simples exigencias lógicas, como hacía MERKL, sino en las derivadas del Estado de Derecho.

(130) Decir ya que era una Administración —o un poder— no sometido al Derecho, o incluso que no existía en este aspecto de las relaciones entre Estado y súbdito el Derecho, sólo es admisible desde un determinado concepto material de Derecho.

Por ello afirma A. MERKL, *Teoría general...*, op. cit., pág. 100, que «el Estado de Derecho no se diferencia del tipo contrapuesto en que los órganos están sometidos al Derecho, sino en que éste no es un mandato en blanco... sino preceptos de naturaleza material».

(131) La idea de que el Reglamento es un medio idóneo para conseguir una norma previa que limite las posibilidades de la Administración ha sido reiteradamente invocada como justificación del mismo. Muy expresivo resulta J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado...*, op. cit.: «Entre que la Administración obre para los casos no previstos especialmente por las leyes por modo discrecional o sometándose a reglas que ella misma dicta y que le sirven de autolimitación... la duda no es posible: hay que optar por lo segundo» (pág. 106). Vid. A. MERKL, *Teoría general...*, pág. 239; R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp. B. Pellisé Prats, Barcelona, 1970, I, pág. 200.

Sobre la autoatribución de potestades, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, págs. 424 y 425, donde se dice que «es ésta una función absolutamente normal de los Reglamentos». En contra, J. M. DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas*, op. cit., págs. 80-81 y 132-133. Véase nuestra nota 136.

observando lo anterior, no deduce de aquí ningún nuevo límite que, siendo general a la Administración, resulte aplicable a su potestad reglamentaria. Al contrario, señala como único límite a esas posibilidades del Reglamento —sobre todo, la autoatribución de potestades— el específico de la potestad reglamentaria, concretamente la reserva material de Ley (132).

Y es que este principio sólo exige normas jurídicas, y los Reglamentos lo son. El principio de juridicidad, ni al exigir una norma de atribución de competencias, ni cierta regulación sustantiva de la actuación individual, ni la oponibilidad de derechos subjetivos, cierra el paso a los Reglamentos, que, salvo lo que se deduzca de otras reglas y principios, satisfacen todas esas exigencias (133). Esas otras reglas y principios pueden imponer que la norma atributiva de competencias y reguladora de la actuación prevista sea una Ley. Pero el principio de juridicidad descrito no lo postula así y, si lo hiciera, no sería ya propiamente tal, sino un verdadero principio de legalidad.

§ 38. La aceptación de ese principio de juridicidad pero no del de legalidad, o de éste sólo para materias concretas, tiene, pues, un significado de gran alcance en un Estado con división de poderes: niega que esté en manos de uno de ellos, el Legislativo, la emanación de todas las normas atributivas en favor de la Administración; que las competencias de ésta hayan de derivar, todas ellas y siempre, de la Ley. La Administración contará, por tanto, con justificaciones jurídicas de su actuación distintas de la Ley.

Es prematuro, antes de abordar la posible existencia de un verdadero principio de legalidad, intentar una solución definitiva para nuestro Derecho sobre las cuestiones planteadas y, más aún,

(132) «... los límites propios de la potestad reglamentaria, y en particular la reserva de materias a la Ley», son, para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 425, «la única garantía para que esa posibilidad» de la atribución reglamentaria de potestades «no concluya en abuso». Pero esto es insuficiente, como pone de relieve J. M. DE LA CUÉTARA, *Las potestades...*, pág. 81. Para nosotros, el límite estará en el verdadero y propio principio de legalidad, como veremos. Lo que se pone de manifiesto en estas dificultades es, precisamente, la insuficiencia de un principio que conecte a la Administración con el Derecho en su conjunto o con las normas escritas, pero no singularmente con la Ley, dificultades que también sufre la doctrina alemana cuando intenta convertir su reserva de ley en una reserva de ley material (vid. D. JESCH, *Ley y Administración...*, págs. 41-42), lo que tiene un significado similar en cuanto que supone que basta un Reglamento jurídico para habilitar todos los actos concretos. Pero sobre todo ello habremos de pronunciarnos posteriormente.

(133) Esto no es predicable, sin embargo, de las normas internas (vid. *supra*, § 15).

formular conclusiones acabadas para su aplicación a la potestad reglamentaria. Pese a ello, de la regla jurídico-teórica sin excepciones que supone el principio de juridicidad y de ciertos elementos esenciales al Estado de Derecho cabe extraer consecuencias de interés.

En un régimen de división de Poderes, donde la Administración, por hipótesis, no es un poder absoluto, resulta como exigencia lógica que tiene que existir una determinación de sus posibilidades, de su campo de actuación, que no dependa de ella misma. Esta exigencia sólo puede quedar satisfecha de dos formas: o se confía a otro Poder —que sólo podría ser el Legislativo— la determinación de ese ámbito de la Administración, o existe ya una definición del mismo en el momento de constitución de los Poderes. Si se niega la primera posibilidad, la segunda tiene que ser cierta. No cabe imaginar en el Estado de Derecho ni que la Administración cuente con una competencia general y absoluta, ni que dependa de ella misma la fijación de su extensión. La atribución de potestad reglamentaria no puede significar nada de eso. Tampoco cabe darle ese significado señalándole la única excepción de las reservas constitucionales de Ley, pues, aun con ello, el resultado sería igualmente que la misma Administración establecería su campo de actuación, su norma de competencia, aunque lo hiciera con límites. Además, la atribución de potestad no es dato suficiente, como regla general, para conocer el ámbito de desarrollo de su titular (134).

Es en lo anterior, según creemos, donde debe encontrar apoyo la idea de «*materia administrativa*» como algo previo a la potestad reglamentaria y que determina su ámbito de ejercicio (135). Es cierto que la potestad reglamentaria puede canalizar una autoatribución de potestades ampliando, con ciertas condiciones, las que ya eran propias de la Administración (136). Lo que no le es posi-

(134) Es un hecho indiscutible, por ejemplo, que es insuficiente saber qué potestades tienen las Comunidades Autónomas para conocer el ámbito que les corresponda. Es necesario conjugarlo con «materias». Del hecho de que el artículo 4.1 LRBRL enumere las potestades de las Administraciones locales tampoco se deduce cuáles son sus posibilidades de actuación. Particularmente, la atribución de potestad reglamentaria —apartado a)— no permite determinar ni siquiera los ámbitos en que es posible su ejercicio.

(135) Vid. *supra*, § 25.

(136) En contra, J. M. DE LA CUÉTARA, *Las potestades...*, op. cit., págs. 80 y 81, niega que «la Administración pueda autoinvertirse, por sí misma, por su nuda capacidad de querer, de tan específico poder», y también que de una potestad no pueden surgir otras. Posteriormente (pág. 132) proclama que «... la voluntad general de un poder ha de proceder de sujeto distinto que el destinatario de dicho poder» y que «lo que de ningún

ble de ninguna manera es determinar el campo de actuación de su titular.

De esta forma, la potestad reglamentaria atribuida por el artículo 97 CE o una cláusula general semejante encuentra ya un límite: no puede ejercerse fuera de las materias administrativas; no puede desarrollarse fuera de ese campo delimitado implícita o explícitamente en que a la Administración le corresponden funciones.

No afirmamos —o, al menos, no afirmamos todavía— que baste la existencia de una materia administrativa para que se puedan dictar Reglamentos; ni siquiera que ello, unido a la general atribución de potestad reglamentaria, sea suficiente para hacerlo (137). Por ahora sólo señalamos un límite a la potestad regla-

modo puede ésta [la Administración] hacer es, por un nudo acto de volición, autogenerarse potestades». Lo que sí admite (pág. 133) es que «el reglamento, que no puede crear una potestad, puede concretarla cuando preexistía, aunque sin formalizar en el Ordenamiento, así como puede identificar los hechos de que se deriva». Como se verá cuando desarrollemos el principio de legalidad, nuestra posición se aproxima a ésta cuando se trata de potestades que afectan restrictivamente al libre desarrollo de la personalidad. Por ahora baste señalar que la postura de DE LA CUÉTARA, según entendemos, no supone una oposición radical, sino de grado, con lo aquí sostenido, pues, efectivamente, no se trata de que las potestades puedan nacer por la simple voluntad de la Administración, sino por una previsión previa y ajena a la voluntad de la Administración que le permite generar esa potestad; por una previsión, además, que no es pura y simplemente la atribución genérica de la potestad reglamentaria. Si esa previsión está en la Ley, ésta puede haberse limitado a permitir que la Administración se atribuya esa potestad mediante Reglamento, pero no es exacto siempre decir que la potestad preexistía y que tal Reglamento se limita a regularla o que éste constituye sólo la condición para ejercerla (parece que esto último es lo que apuntan algunos autores al exigir una reglamentación o norma previa; vid. nota 127). Si se dicta un Reglamento sometiendo a autorización administrativa previa la publicidad de determinados productos en virtud del artículo 27 de la Ley General de Sanidad («Las Administraciones Públicas... realizarán un control de la publicidad... para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma»), creemos que refleja mejor la realidad afirmar que ha sido el Reglamento el que ha creado la potestad y no la Ley: de hecho, si no se hubiera dictado tal Reglamento la potestad no existiría, no simplemente resultaba no ejercitable. La Administración podía haber optado por imponer simples comunicaciones o por prohibiciones *a posteriori*. En otros casos, no será necesaria una Ley, y puede que no la haya, pero el ordenamiento permite por otro medio que la Administración se la atribuya mediante Reglamento. Por ejemplo, el Ordenamiento permite a las Corporaciones Locales dictar Ordenanzas que prevean la concesión de distinciones y honores. Podrá decirse que la Ordenanza que se apruebe simplemente se limita a «concretar» esa potestad, a «identificar los hechos...», y no es falso. Pero si se admite que antes de esa Ordenanza no se podían otorgar tales distinciones, parece más exacto afirmar que ella contiene una autoatribución de la potestad. Lo que sí debe subrayarse, y así lo haremos, es que nunca (fuera o dentro de la reserva de Ley) la genérica atribución de potestad reglamentaria es suficiente para crear, con sólo ese título, otras potestades: siempre es necesaria otra determinación del ordenamiento.

(137) Lo primero sería recuperar las viejas tesis según las cuales la potestad reglamentaria deriva, sin necesidad de consagración ninguna, de la facultad de determinar el Derecho mediante actos administrativos, lo que no aceptamos. Vid. nota 237. Lo segun-

mentaria basada en autorizaciones generales y no un campo en que pueda desenvolverse: el que se trate de materia administrativa es condición necesaria, pero no podemos pronunciarnos aún sobre si es o no condición suficiente.

En cualquier caso, es un límite que de por sí es capaz de explicar, antes y con independencia de los límites que se deriven del principio de legalidad o de las reservas de Ley, la prohibición de dictar Reglamentos, incluso de normas con efectos exclusivamente internos (138), sobre Derecho Privado o sobre aspectos no administrativos del Derecho Público. En particular, es el que justifica que no quepa invocar la genérica potestad reglamentaria para desarrollar las Leyes civiles o cualquier otra Ley no administrativa, es decir, todas aquellas cuya ejecución no corresponde en absoluto a la Administración (139). Para

do sí nos parece correcto, pero con fundamentos que aún no hemos desarrollado y que conducen a una solución matizada. Vid. *infra*, § 47.

(138) Aceptamos antes que para dictar ese tipo de normas no es necesaria una atribución de potestad reglamentaria porque, *propriadamente*, no se dictan en virtud de tal, sino de otros poderes (vid. *supra*, § 15). Pero ello no se contradice con lo que ahora afirmamos: no tiene sentido que la Administración dicte normas con efectos meramente internos sobre relaciones en las que ella nada tiene que ver. Vid. el Dictamen del Consejo de Estado de 9 de junio de 1982 (Ref. 174), sobre circulares e instrucciones en materia de Derecho Civil.

(139) Es generalizado excluir al Reglamento del campo del Derecho Privado, pero sin que en algunos casos se haya conseguido explicar la causa. Contra su justificación mediante la llamada reserva de Ley formal nos pronunciamos en §§ 64 y 65. Tampoco lo explican completamente las reservas constitucionales, ni su no pertenencia a un supuesto ámbito natural del Reglamento. Los argumentos de F. GARRIDO FALIA, *Tratado...*, I, pág. 241, nota 49, igualmente nos parecen rechazables. Según él, hay un doble fundamento: «de una parte, porque las cuestiones jurídico-privadas suelen tener su específica regulación en el Código Civil o en alguna de sus leyes complementarias que... no pueden ser modificadas por un reglamento administrativo». Esto sólo prohíbe el Reglamento de Derecho Privado *contra legem*, igual que en cualquier materia. Pero añade que, además, «tratándose de relaciones que... habrían de ser enjuiciadas por los tribunales ordinarios, no puede admitirse que las disposiciones administrativas sean fuentes de Derecho para tales tribunales, porque ello iría *contra* la independencia del Poder judicial, que en el Estado de Derecho sólo debe depender de la Ley formal». Si esto fuera cierto, habría que excluir el Reglamento de cualquier materia, incluida la administrativa, porque también hay que preservar la independencia de los Tribunales contencioso-administrativos.

El Dictamen del Consejo de Estado de 15 de octubre de 1982 (Doctrina legal, Ref. 203) parece pretender basarse en el artículo 1089 CC (establece que «las obligaciones nacen de la ley...») para negar que un Reglamento puede introducir la solidaridad de los deudores y concluir que «si se pretende incluir esta regla en una materia jurídico-privada... ha de hacerse mediante norma con rango de Ley». Pero el argumento del artículo 1089 del CC es erróneo.

El Dictamen del Consejo de Estado de 4 de noviembre de 1982 (Rep. de Doctrina legal, Ref. 192) acierta, sin embargo, a expresar la causa con una corrección exquisita:

«... las normas del Reglamento Hipotecario (que carece de autorización en la Ley Hipotecaria) no podrán... intentar ser desarrollo de... el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ello, en su caso, serán necesarias habilitaciones legales específicas (140).

No se trata de volver a la idea de una materia reglamentaria por naturaleza (141). Tampoco de establecer una necesaria conexión con una Ley previa que confíe su ejecución a la Administración, ya que todavía no afirmamos ni negamos que la delimitación de la materia administrativa haya de ser exclusivamente le-

En efecto, las expresadas Leyes no son susceptibles de desarrollo reglamentario, al igual que tampoco lo es, en otro orden jurídico, la legislación penal, porque *la aplicación de las mismas no está confiada a la Administración... y careciendo la Administración de competencias en cuanto a la aplicación individualizada de dichas Leyes, tampoco la puede tener para ninguna clase de aplicación o desarrollo normativo de las mismas*».

De todas formas, la exclusión de los Reglamentos del Derecho Privado no se puede convertir en una regla absoluta ni lo que estamos afirmando se reduce a este campo iusprivatista ni en él la exclusión del Reglamento es total.

En cuanto a lo primero, el mismo Dictamen transcrito se refiere a una Ley procesal y al Derecho Penal, ambos incluíbles en el Derecho Público. Otros supuestos quedarían comprendidos en la prohibición de Reglamentos, fuera del Derecho Privado, porque, como recuerda oportunamente M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones...*, op. cit., pág. 128, «... es obvio que... no podrá desplegarse en materias o ámbitos de competencias que la Constitución sustrae al Gobierno: funcionamiento de órganos constitucionales...».

Pero es que, además, la idea de que en Derecho Privado no caben Reglamentos no ofrece un criterio definitivo y seguro. Y no nos referimos al simple hecho de que es posible con habilitaciones legales específicas, como, desde luego, es claro, según se encarga de recordar la STS de 9 de mayo de 1986 (R. Ar. 2361) o el Consejo de Estado en el Dictamen citado y en el de 9 de junio de 1982 (Rep. de Doctrina legal, Ref. 174). Incluso sin éstas, aparecen Reglamentos porque hay cierta administrativización. El repetido Dictamen lo pone de manifiesto al admitir el Reglamento Hipotecario (y lo mismo el Reglamento del Registro Civil) sin autorización legal porque «dichas materias, aunque próximas al Derecho civil y mercantil, tienen por sí un aspecto administrativo puesto que los Registros organizados son verdaderos servicios públicos bajo la modalidad que la doctrina moderna ha denominado "Administración pública del Derecho privado" y, como tales, las expresadas materias registrales son susceptibles de que se ejerza sobre las mismas la potestad reglamentaria de la Administración, no sólo en el aspecto interno de la organización del servicio, sino también en el aspecto de desarrollo de la legislación formal reguladora de la materia».

Algunas sentencias del TS ilustran también este fenómeno, como la de 15 de junio de 1982 (R. Ar. 3635), sobre medios de pago en estaciones de servicio regulados por una Orden Ministerial, o la de 28 de febrero de 1983 (R. Ar. 1063), en la que se conoce de un recurso contra un Decreto que, al parecer, sin habilitación ninguna, imponía que la dirección de obras debía realizarse o compartirse con Arquitecto que tuviera su residencia en la provincia en que aquélla se realice. Precisamente la impugnación se basaba en que el Reglamento «interfiere unas puras relaciones jurídico-privadas entre empresa constructora y director facultativo». Pero al Tribunal le basta declarar que la Administración puede «incidir a través de esa potestad [la reglamentaria] en las relaciones jurídico-privadas, no... para alterar su válido contenido, sino para impedir que por ese medio resulte perjudicado el bien común...».

(140) Estas serán o no posibles, o lo serán con mayor o menor amplitud, según las materias, en virtud de principios que no es cuestión de analizar ahora. Pero únicamente ante ellas cabe imaginar que el Reglamento se produzca sobre materias en que la Administración no tenga otra incidencia que el Reglamento mismo. Vid. *infra*, § 47.))

(141) Vid. *supra*, § 23.

gal (142). Simplemente se afirma, por expresarlo en los exactos términos de GARCÍA DE ENTERRÍA, «la relación entre potestad reglamentaria y funciones materiales propias de la Administración» (143), entre los Reglamentos y los fines de la Administración (144), que sólo admite excepciones ante justificaciones específicas (145).

III. Principio de legalidad y potestad reglamentaria

§ 39. Las anteriores conclusiones son provisionales en tanto que todavía no hemos afirmado o negado si las normas atributivas de competencia, de funciones a la Administración, han de contenerse precisamente en Leyes y no en cualquier otro elemento del ordenamiento jurídico. Plantear ahora esta cuestión nos remite al principio de legalidad, entendiendo por tal, según aclaramos antes, el que expresa la conexión de la actuación administrativa con la Ley (146).

Esta conexión puede tener dos tipos de contenidos: por una parte, en cuanto que las Leyes contienen normas, se imponen a la Administración en todos sus actos individuales, y en cuanto derivan de un órgano representativo, conectado a la soberanía y superior a la Administración, se imponen también a las normas emanadas de ésta, los Reglamentos, situándose en la escala jerárquica por encima de ellos (147). Por otra parte, es posible sostener que

(142) De ello nos ocuparemos posteriormente (§§ 46 y 47).

(143) *Legislación delegada...*, pág. 158, nota 47. No obstante, allí se confirma también que las funciones de la Administración son «las definidas como tales por las leyes», lo que nosotros todavía no afirmamos, ni negamos.

(144) S. ROMANO, *Corso...*, pág. 57, dice que «un reglamento de una autoridad administrativa no puede... contener norma a la cual sea extraño el fin de la Administración».

(145) Por esto nos parecen excesivas, o al menos equívocas, las consecuencias que I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, págs. 222 y 223, extrae del artículo 97 CE. Ciertamente que la Constitución no constriñe el Reglamento a la ejecución de las Leyes (vid. § 31), pero, según creemos, no permite desvincular los «poderes normadores» del Gobierno de cualquier otra de las funciones ejecutivas o administrativas, como si fuera una especie de poder legislativo de inferior rango. La posición de la Administración cambia completamente esa perspectiva.

(146) Sobre esta acepción propia del principio de legalidad resulta particularmente acertado Ch. EISENMANN, *Le Droit Administratif et le principe de legalité*, op. cit., especialmente págs. 27 a 29, donde lo justifica por motivos históricos y teóricos, hasta concluir que «es necesario mantener o restaurar la concepción primera y restrictiva: el principio de legalidad se refiere exclusivamente a las relaciones entre todos los actos administrativos (incluidos los Reglamentos) y las leyes, a la relación entre el cuerpo entero de la Administración y el Parlamento-legislador».

(147) En realidad, aunque la Ley no contenga normas jurídicas, también se impone

la Administración sólo puede realizar aquello que la Ley le ha permitido.

El primer contenido es hoy aporoblemático y su aceptación absolutamente unánime (148), expresándola de diversas formas, en el fondo todas coincidentes (149). Pero es el segundo el que, de existir, aportaría una delimitación material de la potestad reglamentaria: si existe esa vinculación positiva a la Ley (150) de toda actuación administrativa, también afectaría a los Reglamentos, que sólo podrían producirse con una base legal. Aunque la potestad reglamentaria ya está atribuida por la Constitución al Gobierno sin necesidad de nueva habilitación normativa contenida en la

a cualquier manifestación jurídica de la Administración, como explicó, muy certeramente, O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, I, págs. 95 y ss., y es siempre admitido. Por ello, reducir estos caracteres de la Ley a su superioridad jerárquica es inexacto: sólo refleja la relación entre norma legal y reglamentaria, pero no describe la superioridad de la Ley cuando no contiene una norma ni frente a las manifestaciones no normativas de otros poderes. Aclarado esto, puede seguir hablándose de la superioridad jerárquica de la Ley, aun en el entendido de no estar reflejando nada más que el aspecto más sobresaliente de su «preferencia», el aspecto que nos interesa aquí.

(148) Por lo que se refiere a los Reglamentos, se traduce en la interdicción de los *contra legem*, que, en su caso, sólo se admiten en supuesto de necesidad, lo que no procede analizar aquí.

(149) Primacía, preferencia, fuerza formal..., son los términos más frecuentes, pero, en cualquier caso, queda claro que como mínimo se expresa que la Administración, incluidos muy especialmente sus Reglamentos, no puede actuar vulnerando la Ley. En España se ha hecho habitual hablar en este sentido de «vinculación negativa» de la Administración a la Ley, contraponiéndola a la «vinculación positiva», que expresa la otra vertiente del principio de legalidad a que nos hemos referido. Tales términos proceden de WINKLER (*negative y positive Bindung*). Según explica A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985, pág. 201, nota 32, «en Alemania es desconocida tal doctrina de la *negative Bindung*...», y la utilización de tales términos por WINKLER es «puramente anecdótica». En tal caso habrá que incluir, junto con tantas otras cosas, en el activo del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, y en la deuda de nuestro Derecho Administrativo con él, estos términos y la sistematización que aportan. Vid. *Curso...*, I, págs. 413 a 418. Sin embargo, debe notarse que GARCÍA DE ENTERRÍA acaba consagrando una vinculación positiva al ordenamiento y no a la Ley; así dice: «Nuestro tema es precisar... qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la rige» (pág. 413). Es a esta cuestión a la que contesta con la vinculación positiva. Por eso, lo que consagra es un principio de juridicidad y no de legalidad (véase la anterior nota 124).

(150) Se observará que invertimos una forma de razonamiento muy generalizada de la que es representativo F. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, I, pág. 179, nota 24: «... el artículo 97 atribuye... la potestad reglamentaria; y el reglamento autónomo es obstáculo insuperable para la... "vinculación positiva" a la ley». Debe procederse en sentido contrario: es de la recepción o no de la vinculación positiva de lo que depende que exista ese «reglamento autónomo» o independiente. Gran parte de la doctrina lo entiende así, afirmando que es fundamental y previo para determinar la extensión de la potestad reglamentaria resolver el significado del principio de legalidad; vid. J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *op. cit.*, págs. 162 y 182 (vid. nota 158). Pero como, normalmente, bajo el nombre de principio de legalidad no se conoce más que un principio de juridicidad, queda defraudada cualquier expectativa de encontrar aquí un límite a la potestad reglamentaria. Véanse notas 123 y 159.

Ley, la Ley sería necesaria para conferir funciones, fines, competencias a la Administración y sólo sobre ellas podría ejercerse aquella potestad reglamentaria; dicho de otra forma, la potestad configurada constitucionalmente habría de desenvolverse sobre un ámbito administrativo diseñado por la Ley: ésta no aportaría la habilitación normativa, sino la norma de competencia material en favor de la Administración, y sólo sobre las materias a que afectara podría desarrollar su actuación la Administración, incluida su potestad reglamentaria.

§ 40. La revolución francesa pretendió aportar un principio de legalidad estricto y general para toda actuación administrativa y así, en efecto, lo consagró inicialmente (151). La noción de un Poder Ejecutivo limitado propiamente a la función de ejecutar la Ley supone que ésta es no sólo límite, sino fundamento de su acción (152), y todo ello, en definitiva, expresa una idea semejante a la de la vinculación positiva a la Ley. Se corresponde este período, primero, con una negación total de potestad reglamentaria y, poco después, con su reconocimiento limitado, en principio y salvo excepciones, a la ejecución de la Ley, función que el Reglamento podía desarrollar sin necesidad de previsión legal específica (153). Esto último seguía siendo perfectamente adecuado al principio de legalidad más estricto y radical: la potestad reglamentaria, conferida constitucionalmente (154), se desarrollaba exclusivamente respecto a aquellas Leyes cuya ejecución fuera administrativa y no era más que un nuevo medio de ejecución.

(151) Al menos teóricamente, porque en la práctica es más difícil saber si fue efectivo, y los autores posteriores más bien se inclinan por negar su realización completa. Vid., entre otros, G. DUPUIS y J. DUPUIS (refondu par M. NISENZWEG), *Acte Administratif. Domaines respectifs de la loi et du décret autonome*, Jurisclasseur Administratif, Fascículo 106, parágrafo 3, donde se afirma que ese ideal revolucionario sobre la ley «no se ha aplicado nunca plenamente».

(152) Así afirma J. RIVERO que «la Administración... encuentra en la ley el fundamento y el límite de su acción». *Droit Administratif*, op. cit., pág. 15.

(153) Vid. L. DUGUIT, *Traité...*, IV, págs. 664 y ss.

(154) Esta atribución había de deducirse en algunas Constituciones de la competencia general para asegurar y vigilar la ejecución de las Leyes (vid. anterior nota 101). Consiguientemente, era imposible con este razonamiento ver en la potestad reglamentaria una quiebra del principio de legalidad, una excepción a la idea de que la Administración sólo puede ejecutar las Leyes. Si se creyera que suponía tal excepción, la conclusión no sería reconocerla, sino negar el Reglamento, porque entonces ya no podría ampararse en la competencia para la ejecución de las Leyes, única que reconocían algunas Constituciones. Por eso dice J. RIVERO, *Droit Administratif*, pág. 15, explicando esta situación, que aquel principio de legalidad (la Ley como fundamento) «no excluye, por él mismo, la facultad de establecer... reglas generales en la medida en que son necesarias para la ejecución de las leyes...».

Una lenta y constante evolución determinó un estado de cosas en el que la doctrina francesa, salvo excepciones (155), va cambiando sustancialmente su configuración del sometimiento de la Administración a la Ley. Incluso antes y prescindiendo de la nueva situación creada por la Constitución de 1958, se abandona generalmente el originario sentido del principio de legalidad para dejarlo reducido simplemente a la expresión de la superioridad de la Ley, junto a lo que propiamente merece ser incluido como principio de juridicidad, según hemos explicado (156). Lo que en todo caso parece encontrar general aceptación es que la Ley no es ya la única y necesaria norma atributiva de competencias de la Administración para ser sólo la norma superior: la Administración pue-

(155) La gran excepción viene constituida por R. CARRÉ DE MALBERG; vid. notas 99, 102 y § 46. Pese a todo, quizá afirmar que se trataba de excepciones, incluso antes de 1958, puede ser excesivo, puesto que Ch. EISENMANN, *Cours de Droit Administratif*, París, 1982, I, pág. 472, dice: «Según la teoría oficial del Derecho Positivo francés, según el dogma constantemente proclamado, no hay duda: la Administración no puede actuar nada más que en virtud de los poderes que le son conferidos por una regla legislativa. Sus actos no son regulares nada más que si son autorizados por una regla legal que los cubra.» Ciertamente que el mismo EISENMANN considera que esta teoría no se adecua al Derecho francés (se refiere al anterior a 1958; más claro es todavía después de la Constitución de ese año), pero, incluso así, el que considere a este «principio de habilitación legal», como lo denomina, como «teoría oficial» nos resulta desconcertante, pues no encontramos en los autores franceses tal descripción del principio de legalidad.

(156) Expresa muy claramente esta tendencia y sus motivaciones L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo III, París, 1930: el principio de legalidad «se puede formular en términos muy simples: no hay un órgano del Estado que pueda tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición anteriormente edictada por vía general. Dicho de otra forma, una decisión individual no puede jamás ser tomada nada más que dentro de los límites determinados por una ley material anterior» (pág. 732). Este principio «no tiene excepciones», «es absoluto» (pág. 733). «Hasta ahora no he hablado del principio de legalidad nada más que desde el punto de vista material. Pero se presenta también con un carácter formal. En las concepciones jurídicas modernas, no solamente ningún acto individual puede ser hecho contrariamente a la ley en sentido material, sino además la ley en sentido material no puede, en principio, ser hecha... nada más que por el Parlamento...» (pág. 734). «Pero bajo el empuje de las necesidades prácticas el principio de legalidad considerado desde el punto de vista formal ha debido sufrir numerosas restricciones...» (pág. 735). Como se observará, la admisión de potestad reglamentaria juega un papel definitivo para negar este «principio de legalidad en sentido formal»: no se sigue el camino inverso de reducir aquélla como consecuencia de la consagración de éste. Pero es que en aquel Derecho francés la existencia de Reglamentos de organización de servicios públicos y de policía sin habilitación legal y sin desarrollar una Ley previa era ya una realidad incuestionable que había que explicar y que no se pretendía combatir. Se aceptaba que el Reglamento había desbordado su originario campo de ejecución de las Leyes (salvo CARRÉ DE MALBERG) y que ni siquiera contaba para ello con una autorización general, ni constitucional ni legal (sino consuetudinaria — DUGUIT — o basada en la configuración de la Administración — HAURIOU —), que imposibilitaba creer en la vigencia de una vinculación positiva a la Ley. Importa retener todo esto para comprender que la situación española actual es diferente: no hay consolidada ninguna posición definitiva sobre los Reglamentos que obligue a construir un principio de legalidad congruente con ella y, por tanto, se puede y debe invertir el planteamiento. Véase la anterior nota 150.

de actuar al margen de la Ley, aunque no en contra de sus prescripciones (157).

En general, es también esto lo que acepta la doctrina española como expresión de la vinculación administrativa respecto a la Ley. En realidad, cuando se llama principio de legalidad a la vinculación positiva al ordenamiento jurídico, unida a la exigencia de atribuciones relativamente concretas, al sometimiento de las decisiones individuales a las normas generales y a la superioridad de la Ley, se está implícitamente negando una vinculación positiva a la Ley (158).

Con esa base, pocas consecuencias restrictivas cabe deducir

(157) No obstante, ello cuenta con excepciones fundamentales y amplias; vid. § 43 y nota 185.

(158) Debe tenerse muy en cuenta que la expresión «vinculación positiva» tiene un significado muy diferente según se conecte a la Ley o al ordenamiento. Así, cuando J. A. SANTAMARÍA PASTOR, al estudiar «la necesidad de apoderamientos legales», dice que la doctrina española «viene afirmando, con unanimidad prácticamente absoluta, la vigencia general del régimen de vinculación positiva» (*Fundamentos...*, I, pág. 201), puede ser interpretado equivocadamente porque lo que nuestra doctrina suele proclamar es sólo la vinculación positiva al ordenamiento, lo cual, como explicó MERKL, es una regla jurídico-teórica sin excepciones (vid. *supra*, § 36). Ya lo hemos apuntado anteriormente (véanse notas 124 y 149 y § 37) e importa ahora decir que implícitamente se está negando con ello una vinculación positiva a la Ley. Para ser exactos, el principio de legalidad dominante en nuestra doctrina equivale a una vinculación negativa a la Ley más una vinculación positiva y negativa al ordenamiento (ningún acto administrativo o Reglamento puede vulnerar la Constitución, la Ley o los principios generales del Derecho; además, ningún acto puede vulnerar un Reglamento; todas las potestades de la Administración derivan del ordenamiento; junto a ello, una vinculación positiva a la Ley sólo existe en los casos en que la Constitución expresamente consagra mediante reservas; vid. § 41). Esto lo observa F. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, II, págs. 129 y ss., nota 37. Se llega a ese resultado, pese a partir de una auténtica vinculación positiva a la Ley, por la interferencia del poder reglamentario, como si su mera existencia condenara la posibilidad de aquella vinculación. Ya se considera obligado poner en relación a la Administración no sólo con la Ley, sino, como mínimo, también con el Reglamento (y con cualquier otra fuente del ordenamiento). Pero entonces el Reglamento ya no puede quedar, él mismo, sometido al principio: no es él vinculado, sino vinculante. La potestad reglamentaria satisface la legalidad en cuanto ya está atribuida (art. 97 CE) y desde ese momento su vinculación hay que referirla positivamente a las reservas constitucionales de Ley y negativamente a la primacía de Ley. Puede atribuir potestades en cuanto no vulnere esos límites. A este esquema responden paladinamente E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, págs. 410 y ss., especialmente págs. 412, 413 y 425, y J. TORRES MAS, *La relación...*, págs. 473 y 474. En ocasiones, las doctrinas de estos autores son entendidas como consagración de la vinculación positiva a la Ley. Por ejemplo, M. BAENA DEL ALCÁZAR, «Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho (Apuntes para una revisión de la teoría de las vinculaciones de la Administración)», publicado en *Libro homenaje a José Luis Villar Palasí*, Madrid, 1989, págs. 100 (nota 4) y 106. Pero no creemos que tal interpretación esté justificada. Lo mismo en J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER, *La potestad reglamentaria...*, que, precisamente por ello, no extraen todas las consecuencias que su planteamiento permitiría: tras consagrar un auténtico principio de legalidad, al que diferencian del principio de juridicidad (pág. 162), asumen, en realidad, el de GARCÍA DE ENTERRÍA y BALLBÉ (véase nuestra nota 121) como si fuera equivalente al de MERKL, CARRÉ DE MALBERG y ZANOBINI (págs. 165 y 166), cuando sólo recogen la juridicidad de MERKL, no el principio de legalidad (ver § 46.a).

para la potestad reglamentaria y, en realidad, ya las hemos descrito: si ésta ya está atribuida, como ocurre con el artículo 97 CE, el Reglamento puede regular cualquier materia administrativa (159) sin contradecir lo dispuesto por la Ley; él mismo puede convertirse en norma atributiva de nuevas potestades de la Administración en esas materias, las cuales, en esta línea, no dependerían exclusivamente de la Ley, sino que podrán existir, al menos en parte, con independencia de ella y con extensión variable (lo interno, la organización, las relaciones de sujeción especial, el procedimiento para formación de su propia voluntad...). Están aquí formuladas algunas de las concepciones antes expuestas de la potestad reglamentaria reconstruidas sobre la base de su principio de legalidad latente o, mejor, sobre la base de su previa negación de un auténtico principio de legalidad que subyace en ellas.

§ 41. La fundamental excepción que a lo anterior se señala deriva de las previsiones constitucionales que reservan determinadas *regulaciones* a la Ley. Estas reservas constitucionales de Ley, como tendremos ocasión de demostrar (160), tienen básicamente el significado de hacer depender el Reglamento de una específica habilitación normativa de la Ley y de reducir su función a la de complemento de una regulación cuyos aspectos esenciales han de contenerse en la Ley. No expresa, por tanto, una vinculación de cualquier acción administrativa, sino tan sólo de su potestad reglamentaria. Únicamente cabe considerar que, de manera indirecta y como resultado eventual, puede producir un efecto semejante al del principio de legalidad en tanto que imponga que las normas atributivas en favor de la Administración sean precisamente Leyes (161). Pero lo que nos interesa destacar ahora es que, de manera inversa a la que nosotros seguimos, se ha pretendido que ese límite a la potestad reglamentaria que representa la reser-

(159) Vid. *supra*, § 38. Precisamente por ello, el principio de legalidad, como vinculación con la Ley, no puede ser olvidado. No sólo hay ineludibles razones históricas y teóricas que imponen una consideración específica de la relación de la Administración con la Ley, como expone EISENMANN (ver nota 146), sino que es una exigencia práctica que se pone de relieve destacadamente al intentar precisar las posibilidades del Reglamento. Estas no pueden deducirse de la vinculación con el ordenamiento, puesto que es parte del ordenamiento. No pueden deducirse exclusivamente de las reservas constitucionales de Ley salvo que se pruebe que ellas expresan un ámbito en que rige la vinculación positiva de la Administración a la Ley y que, además, constituyen el único ámbito en que así ocurre, lo que nuestra doctrina no demuestra y nosotros negaremos.

(160) Ver §§ 51 y ss.

(161) Ver § 52.

va constitucional de Ley es lo único que justifica una vinculación positiva a la Ley; dicho de otra forma, que sólo en las materias reservadas por la Constitución a la Ley, la Administración necesita de un fundamento legal para actuar (162).

Con ello, la determinación de la amplitud de las diversas reservas de Ley se convierte en la cuestión central y cobran todo su significado y valor los intentos por acoger una interpretación extensiva, especialmente de la contenida en el artículo 53 CE, que abarque todo lo relativo a la libertad del ciudadano (163). Sin embargo, por muy ampliamente que sea entendido ese precepto constitucional, resultará injustificado incluir allí cualquier manifestación de la libertad genérica. Aclararlo tiene interés porque es justamente el ámbito del libre desenvolvimiento del individuo no reconducible a los derechos fundamentales reservados a la Ley en el artículo 53 CE, el que plantea todo el problema aquí estudiado: para las manifestaciones de la libertad del individuo constitucionalizadas como derechos fundamentales es obvio que no caben Reglamentos ni ninguna limitación administrativa sin base legal. Pero esto no cubre sino una mínima parte de lo que constituye la libertad de la persona (164).

(162) Esta solución, que, manifestada expresamente o no, está generalizada en nuestra doctrina, aparece claramente formulada por I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, pág. 160, y A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad...*, págs. 205 y 206. Como veremos, esta solución cuenta con el apoyo aparente de la doctrina alemana clásica (MAYER) de la reserva de Ley. Pero en nuestro Derecho la reserva ha adoptado un significado distinto y es el principio de legalidad, como vinculación positiva a la Ley, el que cumple una función semejante a aquella reserva de Ley originaria, según trataremos de demostrar.

(163) Vid. §§ 7 y 44. Responden a las necesidades que plantea el no reconocimiento del principio de legalidad como exigencia de habilitación legal: si sólo se reconoce un principio de juridicidad, la primacía de la Ley y las reservas constitucionales, se hace necesario extender éstas como único medio de garantizar la libertad frente a la Administración. Ocurre, sin embargo, que por esta vía sólo consiguen garantizar la libertad frente a la potestad reglamentaria y someter ésta a condiciones mucho más gravosas que la simple exigencia de autorización legal para las restricciones administrativas a aquella libertad. En este contexto merece una consideración especial J. A. SANTAMARÍA PASTOR: efectivamente, amplía la reserva de Ley hasta cubrir el libre desarrollo de la personalidad y en todo ese vasto campo exige Leyes que regulen con «complitud» y reduce los reglamentos a una labor muy secundaria. *Fundamentos...*, I, págs. 781 a 789 (ver nuestras notas 15 y 196). Sin embargo, antes había reconocido un auténtico principio de legalidad como vinculación positiva a la Ley en materia de restricciones a la libertad que afectaba tanto a actos como a Reglamentos y que se satisface con una autorización legal (*op. cit.*, págs. 201 a 204). Podría, pensamos, haber dejado aquí las exigencias respecto a los Reglamentos que limitan la libertad genérica, pero no los aspectos expresamente reservados por la Constitución. No afecta a su construcción lo que hemos dicho sobre la necesidad de ampliar las reservas constitucionales ante el no reconocimiento de un auténtico principio de legalidad. Pero, por otras razones que no vemos suficientemente justificadas, la realiza.

(164) Lo explica de forma muy expresiva J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «... cabe enumerar

§ 42. Tanto la identificación del ámbito de la reserva constitucional de Ley con el de vigencia de un auténtico principio de legalidad entendido en el sentido de vinculación positiva a la Ley, como su pretendida extensión a todo lo que suponga restricciones a la libertad de los ciudadanos tiene, al menos aparentemente, precedentes y justificación en la doctrina alemana clásica de la reserva de Ley para los actos de intervención. Pero laten aquí y en su asimilación al Derecho español algunas confusiones cuya superación es del máximo interés porque ello nos pondrá ya, según creemos, en disposición de extraer conclusiones ciertas sobre nuestro tema. Expondremos el significado de la clásica reserva legal de intervención siguiendo fundamentalmente a OTTO MAYER, pues a él se atribuye comúnmente su primera formulación precisa y acabada (165).

a) Los presupuestos necesarios para que pudiera desarrollarse la doctrina que analizamos pueden esquematizarse simplifica-

una larguísima serie de conductas personales que la CE no menciona ni protege expresamente, pero que no parece que hayan querido ser abandonadas a normas de rango reglamentario: por ejemplo, comer unos u otros alimentos, hablar o guardar silencio, tomar copas con amigos o amigas, disfrutar de un nombre, vestirse de una u otra manera, emplear el ocio en leer, oír música, dormir o pensar en las musarañas, escoger compañero de otro sexo, hacer un deporte u otro o no hacer ninguno, ser seguidor o no de un equipo de fútbol...; en fin, todas las actividades en las que el ciudadano de a pie invierte la mayor parte de su vida». *Fundamentos...*, I, pág. 780. Podríamos añadir a esta serie algunos otros ejemplos que nos plantean similares problemas: Reglamentos que imponen inspecciones técnicas de vehículos a los particulares, o el uso del cinturón de seguridad, o que restrinjan la posibilidad de fumar o prohíban la asistencia de menores a ciertos espectáculos, etc. Nada de esto afecta a una libertad que pueda reconducirse a los derechos fundamentales objeto de la reserva del artículo 53 CE. La observación se convierte en fundamental, según creemos, y hace decisiva la aceptación o no de la vinculación positiva para cualquier manifestación de la libertad, ante el hecho de que «a efectos del establecimiento de *limitaciones*, las normas en que éstas se basan individualizan conjuntos o aspectos de facultades de ejercicio que desde el punto de vista de la regulación material del derecho no están necesariamente sustantivadas... La norma en que la limitación se apoya construye, pues, *ad hoc* su propio supuesto, aislando o destacando convencionalmente facultades determinadas para imponerles luego la medida interventora que propugna». E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, II, pág. 101. Por este fenómeno es frecuentemente muy difícil determinar con seguridad si una limitación administrativa incide o no sobre un derecho fundamental. Los mayores problemas se presentan con la propiedad y la libertad de empresa, no resultando infrecuente que, ante eventuales limitaciones sin base legal alguna, los Tribunales opten por entender que realmente aquellos derechos no constituyen el objeto de tales limitaciones. Ejemplos de ello pueden verse en J. NÚÑEZ NÚÑEZ, *Libertad de empresa y reserva de Ley*, «Poder Judicial», núm. 3, 1986, págs. 145 a 150. El principio de legalidad garantizaría, al menos, el requisito de la habilitación legal para tales intervenciones, que serían, como mínimo, limitaciones a la libertad genérica. Sobre todo cuando se trata de la imposición de *deberes positivos*, es normal que no puedan ser configurados como limitación a un derecho concreto y sólo la idea de libertad genérica puede verse afectada.

(165) Vid., entre otros, C. STARK, *El concepto...*, op. cit., pág. 383, y D. JESCH, *Ley y Administración*, op. cit., pág. 39, nota 102.

damente así: por una parte, materialmente, su sustrato es el reconocimiento de derechos naturales del hombre; por otra, en cuanto a la organización, es sobre todo precisa una diferenciación (aunque no llegue a ser propiamente una separación) entre quien ejerza el poder legislativo (donde debe tener una participación fundamental, aunque no necesariamente exclusiva, la representación nacional) y quien ostente el poder ejecutivo. Finalmente, no es esencial que éste cuente con un poder propio de creación del Derecho, ni tampoco que sea autocrático, aunque fuera la pervivencia del principio monárquico la que alumbró esta reserva de Ley (166), pero sí que se le reconozca un cierto ámbito de actuación jurídica en que actúe con una fuerza propia.

Esos derechos naturales del individuo se reconducen a la fórmula «libertad y propiedad», cuyo contenido precisaremos después. Debe hacerse notar ahora únicamente que construir sobre ellos la pieza clave de las relaciones entre legislación y ejecución está justificado teórica e históricamente: el valor medular de la libertad y propiedad para la filosofía y pensamiento político occidental, por un lado, y el precedente histórico de las necesarias intervenciones de los estamentos en la imposición de penas y tributos, por otro, parecen suficientes para demostrar que estamos realmente ante los conceptos de fondo capaces de explicar las líneas de evolución del Derecho Público y de los que las sutiles construcciones de la Ley material o de la ajuridicidad de la organización no son nada más que supuestas consecuencias o explicaciones. En la doctrina de la reserva de Ley, la libertad y la propiedad se presentan directamente, por sí, con su valor y efectos inmediatos, como sustentadoras únicas de toda la construcción.

b) La exigencia de intervención de la representación nacional en la formación de la Ley desempeña también un papel esencial: sólo así podía mantenerse el postulado básico del sometimiento

(166) Por lo que se refiere a la no necesaria admisión de un poder administrativo propio para establecer el Derecho, se comprueba perfectamente en MAYER (ver notas 47 y 179). Por otra parte, es precisamente su no forzosa conexión con el principio monárquico la que explica su vigencia tras la desaparición de aquél siempre que se mantenga la posibilidad de algunas actuaciones administrativas con una fuerza propia y originaria: contrariamente a JESCH, no creemos que la relación que, en efecto, existe entre la reserva y la estructura constitucional pueda expresarse como una función directa, unívoca y en la que los otros factores tienen nulo valor o prácticamente despreciable. En cuanto al presupuesto organizativo, vid. especialmente O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, I, págs. 90 a 94.

exclusivo de los ciudadanos a las Leyes a las que han prestado su consentimiento. Conectado con lo anterior, suponía que la libertad y la propiedad sólo podían ser limitadas por la Ley o en base a la Ley. En realidad, dado el significado amplio de libertad y propiedad, las dos afirmaciones anteriores se identifican. También tiene finalmente el mismo significado afirmar que la libertad es asegurada al individuo como una libertad legal. Antes que una superioridad sobre el Ejecutivo, lo expuesto expresa una competencia exclusiva del Legislativo: aquella superioridad se manifiesta en la «preferencia de Ley» que tiene un ámbito general, pero la reserva supone, en principio, exclusión del Ejecutivo, no inferioridad, de un cierto ámbito material (167).

c) Pese a todo, se entiende, en esta línea de pensamiento, que el Estado de Derecho no realiza necesariamente una total dependencia de la acción administrativa respecto a la Ley, como sí ocurre con la Justicia; no se limita a ejecutar las Leyes: «... para la Administración, existe la posibilidad de actuar fuera de la órbita de la ejecución, fuera de todo derrotero señalado por la Ley» (168). Es justamente sobre esta libertad administrativa, y de acuerdo con los citados presupuestos anteriores, sobre la que opera una drástica limitación la reserva de Ley. MAYER lo expresa así:

«... sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el poder ejecutivo queda libre; obra en virtud de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta *exclusión* de la iniciativa del ejecutivo —existente para esos objetos especialmente señalados— *la reserva de ley*» (169).

(167) Aunque sea adelantarnos a lo que luego se dirá ya específicamente sobre las consecuencias de esto para los Reglamentos, puede observarse ahora que en su traslación a ese problema concreto se tratará de una cuestión de la distinta competencia del Legislativo y de la Administración. Si ésta cuenta con postestad reglamentaria (porque le es inherente o porque hay una delegación legislativa, según las diferentes soluciones de los autores a un tema que puede permanecer al margen de la reserva de Ley), no podrá ejercerla para limitar la libertad porque no tiene competencia en esa materia. Por eso es frecuente entre la doctrina alemana ver en las autorizaciones a dictar Reglamentos incluidos en la reserva la apertura de un «espacio objetivo». Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, op. cit., pág. 91. Junto a ello, algunos autores exigirán, además, una especial habilitación de poder normativo, como MAYER (véase nota 179), mientras otros la consideran innecesaria.

(168) O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, op. cit., I, pág. 113. Vid., también, pág. 105.

(169) *Ibidem*, tomo I, pág. 98. Igualmente, F. FLEINER, *Instituciones...*: «Toda inter-

En realidad, esta «exclusión» del Ejecutivo no es más que la consecuencia de la previa exclusividad del Legislativo, por lo que coinciden aquélla y ésta en su ámbito material, que no es otro, ni podría ser, que el de la libertad y la propiedad. Estos derechos y el valor y efectos jurídicos directos que se les reconocen, incluso en el caso de que no estén formalmente proclamados, son la única justificación de la reserva de Ley. De nuevo, MAYER ofrece cumplida demostración de este único fundamento. Después de referirse a las Constituciones que recogen explícitamente la reserva y a aquellas de las que se deduce porque «garantizan a los ciudadanos la libertad personal, la inviolabilidad de la propiedad» (170), añade:

«Existen Constituciones modernas que van más lejos aún y no hablan absolutamente nada de tal reserva; a la cabeza de ellas debemos citar la Constitución del Imperio alemán. No se establecen en ésta derechos fundamentales; no se dice para cuáles materias es necesaria una Ley. ¿Cuál es la consecuencia? Nadie duda que el poder del Imperio no puede constreñir ni imponer cargas ni restringir la libertad y la propiedad de los súbditos sino en virtud de una Ley. Los principios del derecho constitucional se compenetran tan bien con nuestra manera de pensar que no es necesario decirlo en forma explícita. Cuando la Constitución del Imperio (art. 5) dice: “La legislación del Imperio se ejerce por el *Bundesrath* y el *Reichstag* del Imperio”, sabemos todo lo que ello significa: solamente el acto constitucional por el cual el *Bundesrath* y el *Reichstag* del Imperio expresan su voluntad común, tiene la fuerza de restringir la libertad y la propiedad» (171).

vención de la autoridad, es decir, toda orden o prohibición que limita al ciudadano en su libertad o le impone la obligación de llevar a cabo una prestación efectiva a beneficio de la Administración pública... debe ser autorizada por una Ley o por una norma jurídica derivada o admitida por ella» (pág. 108). Sin embargo, su construcción tiene un carácter distinto, ya que parece que ese requisito afecta a toda actuación administrativa (pág. 107).

(170) *Ibidem*, I, pág. 98.

La existencia de esta reserva, aunque no esté proclamada por la Constitución, es admitida generalizadamente; incluso en el caso de que la Constitución establezca reservas especiales, no se entiende que ello suponga negación de la reserva general. Vid. D. JESCH, *Ley y Administración...*, pág. 29, nota 60, y págs. 40-41.

(171) O. MAYER, *Derecho Administrativo*, op. cit., tomo I, págs. 99-100. La misma

La reserva, pues, deriva de la existencia y contenido de unos derechos, aunque ni siquiera se proclamen en la Constitución, que producen, como mínimo, el efecto de la reserva, que, por tanto, tampoco necesita consagración expresa. Es un «principio de derecho constitucional», según MAYER, y en realidad es, como anunciábamos, la libertad y propiedad desplegando efectos jurídicos. Importa, consecuentemente, referir el ámbito y contenido de estos derechos que determinaban el campo exclusivo del Legislativo y el campo de exclusión del Ejecutivo.

d) A este respecto, bástenos decir que se impuso un sentido amplísimo de libertad y propiedad, pero una interpretación restrictiva de lo que afectaba realmente a tales derechos, de lo que constituían actos de intervención sobre los mismos.

Así, por libertad, de acuerdo con los fundamentos ideológicos latentes y en estricta concordancia con la Declaración de Derechos de 1789, se entendió un concepto globalizador de todas las posibilidades del ciudadano de hacer lo no prohibido. El *status libertatis* de JELLINEK, como noción unitaria no compuesta de un número concreto de derechos, es una formulación acabada de significado idéntico a la revolucionaria francesa de libertad («Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena», artículo V de la Declaración de 1789). Paralelamente, bajo la referencia a la propiedad, se amparaban una serie amplia de derechos patrimoniales (172). De esta forma, la combinación de propiedad y libertad, con estos significados dominantes, definían una esfera individual unitaria, un círculo vital de la persona, unas facultades genéricas e inespecíficas de libre desenvolvimiento, y, todo ello, era lo que quedaba íntegramente bajo la reserva de Ley.

Sin embargo, el mismo razonamiento que conducía inevitablemente a esta extensión determinó, también necesariamente, que sólo las actuaciones —normativas o no— que supusieran restricciones, limitaciones o gravamen a su ejercicio estaban vinculadas por la reserva. Aunque las Constituciones que la consagraban expresamente la formularan imprecisamente («afectar» o «interve-

idea la expresa F. FLEINER, *Instituciones...*, pág. 109: «No requiere un reconocimiento constitucional el principio según el cual las autoridades administrativas necesitan de una especial autorización por ley para limitar la libertad y propiedad del ciudadano.»

(172) Vid. D. JESCH, *Ley y Administración...*, págs. 161 a 169, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, págs. 771-772.

nir» en la propiedad y libertad), ello siempre se entendía en el sentido de restringir o limitar tales derechos. Cuando tal proclamación formal no existía, la reserva implícita tenía, aún con más razón, igual significado (173).

e) Lo anterior suponía para la Administración un ámbito vedado. Cualesquiera que fueran sus poderes jurídicos y cualquiera que fuese el origen que se les atribuyera —inherentes a la Administración, derivados de previsión constitucional o legal— había que entender, en principio, que no podían restringir la libertad ni la propiedad. No obstante, el poder de obrar en la esfera reservada, que correspondía exclusivamente al legislativo, podía serle atribuido por decisión de éste. Así, la regla inicial se convertía en esta otra: la Administración no puede restringir la libertad ni la propiedad salvo autorización del Legislativo en ese sentido. «Estas son —dice MAYER— las llamadas *autorizaciones legislativas*, autorizaciones de las que el Gobierno tiene necesidad para dar órdenes, imponer cargas y, de manera general, para todo lo que se traduzca en una limitación a la libertad o la propiedad» (174). Obsérvese que no limita su exigencia a los Reglamentos, sino que, sobre todo, se refiere a los actos administrativos.

(173) Cfr. D. JESCH, *op. cit.*, págs. 177 y ss.

(174) *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 100. Critica MAYER expresamente la tesis —al parecer, seguida por REICHS— según la cual la reserva que entrañan los derechos fundamentales «trataría simplemente de impedir que para la esfera reservada se elaboraran reglas de derecho por otro conducto que por vía legislativa», es decir, la tesis que entendería la reserva de Ley como límite a la potestad reglamentaria, pero no a las otras manifestaciones de la Administración limitativas de la libertad y propiedad. MAYER aclara que «resulta mucho más importante excluir aquí los actos de violencia que pudieran restringirlos [a los derechos de libertad y propiedad] sin estar autorizados por una ley; y es a esto a lo que se apunta en primer término». *Ibidem*, pág. 99, nota 13.

Se comprenderá entonces que cuando M. BAENA DEL ALCÁZAR dice que para MAYER la reserva de Ley es una «exclusión de la iniciativa del ejecutivo», y añade «se entiende que de la iniciativa de dictar normas de carácter general», desvirtúa por completo la doctrina del autor alemán (*Reserva de Ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución española*, pág. 286). Esta confusión deriva del distinto significado que tiene entre nosotros la reserva de Ley. Por contra, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, págs. 770 a 772, explica que la reserva, tanto en el siglo XIX como actualmente, significa necesidad de apoderamiento legal para «dictar reglamentos o actos singulares que incidan negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos». Más confuso, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, que parece analizar el sistema alemán clásico de reserva legal atribuyéndole unos efectos similares a los que actualmente se conocen en España, sin alcanzar a explicar su significado de vinculación positiva y limitando sus consecuencias a los Reglamentos, olvidándose de las manifestaciones no normativas de la Administración (págs. 133 y ss.); y reconduce «el principio de legalidad entendido como vinculación positiva» a una «vinculación positiva del reglamento» (pág. 241).

f) Sin necesidad de mayor desarrollo se comprenderá la exactitud de STARCK al afirmar que la reserva de Ley «se dirige expresamente contra la opinión según la cual la ley es sólo un límite negativo y un marco para una administración desligada, por los demás de la ley... Frente a esto la reserva de ley debía constituir un límite... a la administración quedando ésta sometida a la ley, la cual dejaba de ser simplemente un marco para convertirse en fundamento de la administración» (175). No cabe expresar más acertadamente la idea de que la clásica reserva legal de intervención supone, en realidad, una vinculación positiva de la Administración a la Ley, aunque sólo para materias determinadas (176).

g) Esta reserva de Ley no es, obviamente, un límite que afecte exclusivamente a la potestad reglamentaria, sino a cualquier acto individual o actuación material que suponga restricciones a la libertad o propiedad (177). Pero también ejerce sus efectos sobre la potestad reglamentaria y, en cuanto a éstos, que son los que nos interesan primordialmente, suponía que la Administración no podía dictar normas jurídicas (o que se integraban en el ordenamiento jurídico general) que entrañaran limitaciones a la libertad o la propiedad sin una autorización legislativa que lo permitiera (178).

(175) *El concepto de ley...*, págs. 384-385.

(176) Esta identificación de la reserva de Ley que formulara MAYER con la vinculación positiva a la Ley ha sido observada por DE OTTO, pero invirtiendo la relación: «Mediante el principio de legalidad entendido como vinculación positiva y sustancial se intenta alcanzar el mismo resultado que para materias concretas se alcanza con la reserva de Ley, sólo que ahora sin distinción alguna entre unas materias y otras, sino como reserva total al Parlamento.» *Derecho Constitucional...*, pág. 241. Ocorre, sin embargo, que DE OTTO utiliza un concepto de reserva de Ley que no coincide con su significado originario, sino con el adecuado al Derecho español actual (vid. § 52, nota 258), por lo que la identificación que realiza supone una deformación del principio de legalidad como vinculación positiva.

(177) Esto se desprende necesariamente de lo dicho. En la medida que late en ella el valor directo de la propiedad y libertad, en la medida que expresa una exclusividad del Legislativo y una exclusión de la Administración, no hay forma de restringirla a la potestad reglamentaria: la esfera de libre actuación de la persona queda garantizada frente al Ejecutivo, no frente a sus manifestaciones normativas. No estamos ante una regla sobre fuentes del Derecho, aunque tenga repercusión en ello.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que, en el intento de identificar la reserva legal de intervención sobre la libertad y propiedad con el concepto de ley material (vid. *supra*, §§ 17 a 22), aquélla tendió a desplazarse a un problema de fuentes que no afectaba ya a toda la actuación administrativa (vid., especialmente, § 21).

(178) Fuera de la reserva, por lo que se refiere a normas, quedarían las que se integran en ordenamientos menores, en el interno de la Administración, y todas las que no supusieran restricciones a la libertad y propiedad, ámbitos que de ninguna forma se identifican. STARCK reconoce que incluso en el ámbito de la reserva de Ley caben sin habilitación ciertas normas dirigidas a los funcionarios para cumplir la Ley previamente

Sería inexacto, sin embargo, intentar atribuir a la doctrina estudiada, como consecuencia implícita o forzosa, el reconocimiento de una potestad reglamentaria general no necesitada de autorización legal salvo para entrar en la reserva y que, fuera de ella, se desarrolla libremente sin necesidad de Ley. Un posicionamiento sobre ello es ajeno a la doctrina de la reserva, la cual es compatible con esa solución pero también con la contraria, es decir, con la negación a la Administración de un poder de dictar normas jurídicas generales para cuya emanación, incluso fuera de la reserva, necesitase base legal (179).

§ 43. Frente a la originaria concepción de la Revolución francesa, la doctrina alemana de la reserva de Ley expresaba un principio de legalidad igual en su significado y efectos, pero limitado a materias determinadas: la supremacía de la Ley era general, pero la vinculación positiva —que es justamente la que expresa la reserva de Ley— no afectaba a toda actividad de la Administración (180). La diferencia entre los dos sistemas fue observada

existente que ya cubría las exigencias de la reserva. *El concepto de Ley*, op. cit., págs. 433 y 434.

En el mismo sentido, véase la sistematización de D. JESCH sobre los Reglamentos que no necesitaban especial apoderamiento legal (*Ley y Administración...*, pág. 187 a 189), y para la República de Weimar, sobre todo, pág. 194.

Por el contrario, dentro del ámbito de la reserva, los apoderamientos legales tienen carácter constitutivo y sin ellos no cabe dictar Reglamentos; vid. JESCH, *ibidem*, pág. 193.

(179) De aceptarse esta segunda postura, el Reglamento limitativo de la libertad se basaría en una doble autorización legal: una para dictar normas jurídicas y otra para limitar la libertad. Esta es justamente la solución de O. MAYER, lo que corrobora lo afirmado: «La delegación de esta fuerza [se refiere a la de obrar por reglas generales determinando el Derecho, fuerza que atribuye al Legislador y niega por completo al Ejecutivo] produce el poder reglamentario... Es menester cuidarse de no confundirla con otras delegaciones que la ley puede efectuar; en especial, con la autorización de obrar en la esfera que le está reservada, la esfera de la libertad y propiedades privadas. La Ley puede autorizar al poder ejecutivo para limitarlas sin agregar la facultad especial de hacerlo por reglas de derecho; el poder ejecutivo entonces no podrá sino realizar actos individuales de ese género. *El poder de hacer reglamentos de policía descansa sobre una delegación doble.*» *Derecho Administrativo...*, I, pág. 120; la cursiva es nuestra. Por ello no es cierto, al menos no lo es en el caso de MAYER, que el «monarca... puede regular mediante reglamentos... todas las cuestiones que no se reservan expresamente a la ley», como dice SANTAMARÍA, *Fundamentos...*, I, pág. 701. Tampoco que lo que queda fuera de la reserva sean los Reglamentos administrativos. Ver nota 47. Todo ello es más bien fruto de las desvirtuaciones que sufrió la reserva de Ley por su identificación con la ley material. Ver §§ 17 y ss.

(180) Es esto lo que provoca que quienes entienden que, en la actualidad, rige una vinculación positiva a la Ley en toda actuación administrativa repudien el término «reserva de Ley». Así, A. GARRORFENA, *El lugar de la Ley...*, págs. 53 a 56 (nota 7), 59 y 60; J. SALAS HERNÁNDEZ, *Los poderes normativos...*, pág. 52. La contradicción entre las nociones de principio de legalidad y reserva de Ley fue ya expresada por R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie...*, I, pág. 482, y A. MERKL, *Teoría general...*, págs. 136 y 137. Sin

por BERTHELEMY precisamente en directa referencia a la doctrina de OTTO MAYER. Este admitía, como hemos visto, que la Administración obrara fuera de la ejecución de la Ley en las materias no reservadas y afirmaba en otra ocasión que «el derecho francés... está adelantado algunas etapas» con relación al alemán. Aprovecha BERTHELEMY este reconocimiento para señalar que tal «adelanto se manifiesta precisamente aquí: el régimen de legalidad... está íntegramente realizado en el Derecho Administrativo de Francia» (181). Y no cabe duda de lo que esto significa para él:

«No digamos que ellos [los funcionarios y autoridades de la Administración]... lo pueden todo salvo lo que les está prohibido. La verdad es que sólo tienen los poderes limitados que les ha conferido la *voluntad general* (es decir, la Ley y no otra fuente jurídica). Lo que escribo aquí me parece exacto si se trata del Estado francés, de la administración francesa, del derecho francés. El derecho alemán no se ajusta a estas explicaciones» (182).

En el Derecho alemán, el «régimen de legalidad» sólo regía para algunas materias.

Es sabido que el Derecho de ambos países ha sufrido una profunda transformación hasta el punto de que, quizá de manera inexacta pero expresivamente, se ha afirmado que el sistema vigente en cada uno de ellos responde al modelo originario del otro (183). Al menos, si interesa apuntar que en Francia, donde, como vimos (184), se admite que la Administración puede actuar sin base legal, se mantiene, en principio y aunque con matices, que tal requisito es necesario cuando se trata de imponer limitaciones a

embargo, no tiene que existir si, aun dándole mayor amplitud a la reserva de Ley, no se generaliza el principio de legalidad y, sobre todo, si se da a la reserva de Ley un significado distinto del de la vinculación positiva a la Ley o exigencia de autorización legal, que es lo que ha ocurrido en nuestro Derecho y aquí recogeremos.

(181) H. BERTHELEMY, en el Prefacio a la obra de O. MAYER, *Derecho Administrativo...*, I. pág. XIII.

(182) *Ibidem*, pág. XVII.

(183) A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la Ley...*, pág. 32. Más matizadamente, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, págs. 140 y 227. Lo ocurrido realmente, como explica J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 770, es que «el creciente predominio del Ejecutivo y de la potestad reglamentaria, ha terminado por reproducir en ellos [los países latinos] un estado de cosas materialmente similares al sistema dualista germánico del siglo XIX».

(184) Vid. *supra*, § 40.

la libertad (185). Esto supone que, efectivamente, la vinculación positiva a la Ley cubre, al menos, un campo similar al de la clásica reserva legal de intervención y tiene efectos similares.

§ 44. ¿Existe igual límite en nuestro Derecho? Para contestar a esta pregunta parece ofrecerse como camino necesario el de interpretar las concretas previsiones constitucionales que reservan la regulación de determinadas materias a la Ley. En particular, hemos ya reiteradamente referido los intentos de deducir del artículo 53.1 CE una reserva legal para cuanto afecta a la libertad y propiedad (186). No obstante, ese intento supone forzar los términos del precepto constitucional, llevándolos mucho más allá de su significado (187) sin que, además, esté tal interpretación, ni su resultado, justificado (188). Y ello por una serie de causas concu-

(185) De conformidad con el artículo IV de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano, de 1789, siempre vigente, sigue siendo válido, en principio, que la libertad no puede ser limitada nada más que por Ley (o en virtud de Ley) y esta libertad no se refiere a las concretas libertades públicas. Así, G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, París, 1972, págs. 33 y 34, afirma: «Tratándose de definir los límites dentro de los que el hombre utiliza su libertad, sólo una autoridad parece en principio cualificada: el legislador. Emanación de la voluntad nacional, aprobada bajo el control de la opinión, sólo la ley puede, sin ser sospechosa de introducir la opresión, asegurar la coordinación de las libertades en orden. Tal fue el principio sentado por la declaración de derechos de 1789... Aunque, en adelante, la división del poder de legiferar entre el Parlamento y el Gobierno haya quitado al primero el monopolio legislativo, el principio sentado en 1789 conserva su valor...» Vid., también, G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, op. cit., págs. 1071, 1072 y, sobre todo, 1076 y 1077, en donde explica que la «existencia de facultades que no corresponden a libertades públicas sólo debe aceptarse con reserva», pues «en un Estado de Derecho, la libertad se presume y resulta de que la Ley no la haya limitado» (la cursiva es nuestra). Vid., también, R. CHAPUS, *Droit Administratif général*, París, 1985, I, pág. 47. Así, pues, para esta libertad, entendida en su sentido más amplio, rige la exigencia de Ley.

(186) Vid. §§ 7 y 11.

(187) El artículo 53.1 se refiere a los derechos y libertades del Título I de la CE, y éstos no cubren nada más que algunas manifestaciones de la libertad que históricamente han revelado la necesidad de una especial consagración. Es imposible reconducir a esa reserva toda la incidencia negativa en la situación del ciudadano.

(188) Lo que sí debe reconocerse es que si, como viene ocurriendo, la única alternativa a esta interpretación extensiva consiste en ofrecer como límites el principio de juridicidad y las reservas constitucionales interpretadas estrictamente, la solución comentada en torno al artículo 53.1 CE resulta explicable y debe ser valorada positivamente. Algunas de las críticas a tales interpretaciones olvidan o minimizan el significado histórico y dogmático de la reserva de Ley, su valor medular para el Estado de Derecho y hasta el dato de que, incluso existiendo reservas especiales expresas y no consagrándose formalmente una reserva general para la intervención en la libertad y propiedad, ésta se admitía (vid. la anterior nota 170), por lo que, paralelamente, carece de fundamento entender que la constitucionalización de ciertos derechos tiene el significado de excluir la necesidad de base legal para las manifestaciones de la libertad no configuradas como derechos subjetivos en la CE.

Però al incloure tot això en l'article 53.1 CE se imposa una reserva de Ley excessiva, puesto que en nuestra Constitución tal reserva tiene un significado distinto del que tenía en Alemania al exigir de la Ley no sólo habilitación, sino regulación de la materia.

rrentes que podemos sintetizar así: las reservas establecidas en nuestra Constitución limitan sólo a la potestad reglamentaria y no suponen únicamente exigencia de habilitación legal, sino también reducirla a una labor de complemento de una previa Ley que ha de contener la regulación esencial (189), lo cual es ajeno a la clásica reserva legal de intervención (190); por tanto, aceptar los fundamentos que justificaron ésta no puede llevar ahora a justificar una reserva que tiene otro significado y función, ni a ampliar su ámbito previsto constitucionalmente. Aceptar aquellos fundamentos llevará, en su caso, a admitir las mismas consecuencias, es decir, la necesidad de autorizaciones legales para limitar la libertad y propiedad, no Leyes que contengan una regulación completa de lo esencial, y ello tanto para Reglamentos como para actos. Esto, en definitiva, supondría, utilizando una expresión más adecuada a nuestro Derecho, proclamación de un principio de legalidad como vinculación positiva.

Consecuentemente, la atención debe dirigirse a precisar si, en nuestro actual sistema, se dan los presupuestos necesarios y suficientes para aceptar tal principio de legalidad estricto, siquiera sea reducido a las limitaciones a la libertad genérica del individuo, y ello al margen de las reservas materiales de la Constitución.

§ 45. a) Por lo pronto, el mismo hecho de que incluso bajo el sistema dualista, fruto de la pervivencia del principio monárquico, se reconociera que la Administración encontraba en la Ley no sólo su límite, sino su fundamento para todo lo que supusiera restricciones a la libertad y a la propiedad, no puede ser olvidado. No creemos traicionar el método jurídico-dogmático si introducimos, no como aspecto definitivo, pero sí valorable, ese dato y afirma-

J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 782, reconoce las dificultades que la amplia reserva de Ley que propugna entraña para su efectiva aplicación. Para nosotros, más que dificultad, hay absoluta imposibilidad, ya que supone exigir en ese vasto campo Leyes que regulen completamente la materia o, al menos, en todo lo esencial. Pero, como afirmamos en el texto, ese resultado excesivamente gravoso no está justificado una vez que se comprueba que lo existente es sólo un principio de legalidad que se satisface con autorizaciones legales, aunque limitadas y mensurables.

(189) Ver §§ 51 y ss.

(190) Al menos es ajeno a su concepción originaria, como demuestra O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, tomo II, pág. 41, nota 3. Sin embargo, dos factores hacen que esto se oscurezca posteriormente: por un lado, la doctrina de la ley material que desliza la reserva de Ley al problema de las fuentes (ver § 21); por otro, el Derecho alemán fue progresivamente exigiendo no sólo habilitación legal, sino una Ley con un contenido material, lo que culmina con el artículo 80 de la Ley Fundamental de Bonn.

mos que resulta difícil concordar con el Estado de Derecho y el régimen parlamentario que consagra la Constitución una Administración con un sometimiento a la Ley menos intenso, cuando no subsisten restos del principio monárquico, ni el Ejecutivo cuenta con una legitimación democrática directa. Igualmente, la «voluntad» constitucional expresada en el preámbulo de «consolidar un *Estado de Derecho* que asegure el *imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular*» y su efectiva proclamación en el artículo 1.1, no son suficientes para sustentar un determinado contenido del principio de legalidad. Pero todo ello, puesto en relación con su significado histórico y dogmático, sí permite, al menos, señalar una tendencia, una concepción sustentadora del sistema que obliga a intentar interpretar todos sus elementos de conformidad con ello y cuya desvirtuación para aspectos concretos requiere una demostración completa y no un supuesto silencio constitucional (191).

(191) En términos mucho más rotundos se pronuncia J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, pág. 202: «en un sistema político que se califica a sí mismo como Estado de Derecho, la libertad de los ciudadanos —cualquier situación jurídica concreta, no sólo los derechos fundamentales— no puede ser limitada por la Administración si previamente no ha sido autorizada para ello por una ley. Negar este principio equivale a desconocer las bases ideológicas del Estado liberal y democrático, en el que el Parlamento existe no sólo para controlar al Gobierno, sino sobre todo porque sólo él está legitimado para adoptar las decisiones que afectan a la libertad o al patrimonio de los ciudadanos».

R. CARRÉ DE MALBERG, que exigía habilitación de Ley en todo caso como consecuencia de la consagración del «Estado legal» —ver § 46.a)—, señala que éste era distinto del simple «Estado de Derecho», que se caracterizaba por imponer el requisito de tales habilitaciones únicamente para imponer algo a los administrados (*Contribution...*, I, pág. 489); pero, al menos para ello, no se dudaba de tal exigencia en un Estado de Derecho.

Nosotros no llegamos, sin embargo, a afirmar que la proclamación del Estado de Derecho permita, sin más, concluir la vinculación positiva en la limitación de la libertad genérica, sino tan sólo que ello sustenta una tendencia, un criterio interpretativo.

Por lo que se refiere a la estructura constitucional y sistema de relación de poderes, tampoco lo convertimos en un criterio único y suficiente, como intenta D. JESCH (*Ley y Administración...*, págs. 83 y ss., 215 y ss.).

Sólo afirmamos que la desaparición del principio monárquico no marca una tendencia a la ampliación de las posibilidades de la Administración, sino, más bien, la contraria. Además, esto no nos sirve, como a JESCH, para propugnar una ampliación de la reserva de Ley, sino sólo su mantenimiento. Por último, que ello quizá pudiera verse alterado si el Ejecutivo contara con una legitimación democrática directa. Esta legitimación puede reconocerse en los regímenes presidenciales. También, aunque con peculiaridades, en los semipresidenciales, como Francia, pese a lo cual, como se acaba de explicar en el anterior párrafo, subsiste el principio de que la Administración no puede limitar la libertad sin base legal. En un régimen parlamentario, como el nuestro, no aparecen, salvo que se deduzcan de otras reglas, razones para negar esa vinculación positiva.

En suma, aceptamos, con C. STARK, que estos principios son indeterminados y permiten conceptos del principio de legalidad diferentes. *El concepto de Ley*, op. cit., especialmente pág. 395. Pero, como mínimo, permiten sustentar cierto criterio interpretativo, una concepción general que resulte acorde con su significado histórico y dogmático y con las otras piezas claves del sistema.

b) De otra parte, cierto es que las reiteradas proclamaciones del principio de legalidad en la CE no alcanzan una precisión capaz de sustentar el contenido que ahora pretendemos darle de entre todos los que bajo ese mismo término sitúan a la Administración respecto a la Ley (o respecto al Derecho) (192), pero también lo es que ese principio de legalidad que ahora proclama la Constitución no nació para garantizar la superioridad del órgano representativo, ni la subordinación de los actos singulares a las normas generales, que, a lo sumo, son medios para su verdadera finalidad; nació justamente como garantía de los ciudadanos, de su libertad y propiedad, frente al poder, y pretender que sirva efectivamente a esa función, al menos mientras no venga contradicha de manera inequívoca, está justificado como criterio de interpretación. No se trata de acogerse a un «Derecho Natural típicamente liberal», según la descalificación de MERKL (193), sino de reconocer que la exigencia de base legal para cuanto suponga limitaciones de la libertad es la clave técnica para garantizar el valor superior que se reconoce en ésta, que tal principio subyace en las instituciones del constitucionalismo y está unido a la consolidación del Estado de Derecho y que, en suma, excluir algo de ello sólo puede hacerse ante argumentos concluyentes.

c) Esos argumentos concluyentes, esa demostración completa que exigiría la negación del necesario fundamento legal de las restricciones a la libertad y propiedad están lejos de encontrarse en la Constitución. Por el contrario, no es ajena a ella esa garantía de la esfera vital del ciudadano, de su libertad genérica más amplia que las específicas concreciones en los derechos subjetivos constitucionalizados. Y es inherente a ese concepto de libertad precisamente el que sus limitaciones deben estar previstas en la

(192) Véase la nota 207.

(193) A. MERKL, *Teoría...*, pág. 216. MERKL no negaba la posibilidad de que el principio de legalidad tuviese el contenido que aquí le estamos ahora dando. Entiende que en el Derecho que él estudiaba el principio de legalidad era más amplio —vid. *infra*, § 46.a)— y criticaba los argumentos que se utilizaban para reducirlo (*ibidem*, págs. 216 y ss.) a los que considera interpolados «ideológicamente por una teoría del derecho políticamente desorientada». Nosotros no creemos que tenga que ser así, pero es conveniente extremar la prudencia para no incurrir en esos errores. MERKL afirmaba que para aceptar ese principio de legalidad reducido a libertad y propiedad «lo que se requiere es una disposición jurídica en este sentido, en especial una disposición constitucional» (pág. 216). Nosotros trataremos de demostrar que esto existe y, aun así, no descartaremos por ello, y sin mayor análisis, la posibilidad de que la vinculación positiva sea más amplia.

Ley o derivar de ella porque justamente consiste en eso, en poder hacer lo no prohibido por la Ley o en base a ella (194). Es esa libertad la que se alza como límite de la Administración y su potestad reglamentaria de manera que, si no se reconoce tal límite, no existe aquella libertad: si la Administración puede prohibir o imponer algo más que lo establecido o previsto en la Ley, ésta dejaría de ser el único límite de libertad; la consagración de ésta conlleva la de una vinculación positiva de la Administración a la Ley, aunque sólo sea para estos aspectos. No cabe pensar que el reconocimiento en los artículos 15 y ss. de los derechos fundamentales suponga una negación a ese concepto básico de libertad esencial al Estado de Derecho porque su inexistencia equivaldría a admitir un indefinido deber de obediencia a la autoridad administrativa sólo exceptuado para aspectos muy reducidos de tal libertad. Por el contrario, el artículo 1.1 CE propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad, sin adjetivarla, ni limitarla a aspectos determinados. En el mismo sentido, resulta fundamental el artículo 10.1 CE.

Este artículo 10.1, al mismo tiempo que no circunscribe los derechos de la persona ni su libertad a los aspectos específicos plasmados en la Constitución, sólo sitúa al mismo nivel que éstos el respeto a la ley: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.» Tanto en lo que se refiere a señalar como límites los mismos derechos de las otras personas y la obediencia a la ley, como en la consagración de una libertad genérica, el artículo responde a la más pura tradición del Estado de Derecho y se entronca con la misma Declaración de derechos revolucionaria de 1789 (195). La fórmula concreta empleada, y

(194) Se admite generalmente la anterior afirmación cuando se refiere a actos administrativos, y concretamente a órdenes, que son los prototípicos actos de imposición de deberes o limitaciones al administrado. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, II, pág. 101. No hay ningún motivo para que esto cambie cuando se trata de dictar Reglamentos porque el hecho de gozar de potestad reglamentaria sólo supone facultad para establecer normas jurídicas, pero con los mismos límites que sus restantes manifestaciones, según ya explicamos.

(195) A este respecto, no parece que pueda imaginarse un paralelismo más exacto con el artículo IV de la Declaración de 1789: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; así, los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por Ley.» Los derechos de los demás son, pues, el fundamento de los límites a la libertad, pero éstos son límites necesariamente legales. Así lo demuestra aún más radicalmente el artículo V de

especialmente la fundamental expresión del «libre desarrollo de la personalidad», proviene del artículo 2.º.1 de la Ley Fundamental de Bonn, donde, según explica SANTAMARÍA PASTOR, juega como un derecho fundamental y fundamento de una reserva legal general (196). Es inevitable, en realidad, incluso sin acudir a este precedente, deducir del artículo 10.1 CE algo muy semejante, pues, de lo contrario, el «libre desarrollo de la personalidad» quedaría vacío de todo significado jurídico.

No creemos, sin embargo, que pueda deducirse, como ya hemos anticipado, que el artículo 10.1 consagre un derecho fundamental incluíble en la reserva de Ley del artículo 53.1 (197), sino simplemente un principio de legalidad —como vinculación positiva a la Ley— con unos efectos menos rigurosos que aquélla: únicamente impone la necesidad de fundamento legal (198). Pero, al menos, esto es una consecuencia mínima e inevitable de la proclamación de la libertad (art. 1.1), del «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE).

d) Así lo ha reconocido el TC, en una sentencia, la 83/1984, de 24 de julio, cuya importancia para determinar el significado de las reservas constitucionales de Ley ha impedido quizá observar su aportación más relevante, que gira precisamente en torno a este concepto general de libertad y su inevitable efecto de la vinculación positiva de la Administración a la Ley y no abstractamente al ordenamiento jurídico. Tras negar que determinada regulación esté reservada por la Constitución a la Ley (199), aclara:

la Declaración. Son las mismas ideas que recoge compendiadamente el artículo 10.1 CE, en el que, incluso, late también la noción de «derechos naturales» al hablar de derechos «inherentes» a la persona y que, por tanto, son previos e independientes de su consagración constitucional.

(196) *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, págs. 202 y 781.

(197) Es esto, según entendemos, lo que concluye SANTAMARÍA, *Fundamentos...*, I, págs. 781-782, pese a que reiteradamente precisa el significado de la reserva de Ley alemana como vinculación positiva, diferenciándola de las reservas de nuestra Constitución, y pese a oponer reparos al intento de reconducir toda situación de libertad al concepto técnico de derechos subjetivos o a las «libertades públicas, derechos fundamentales o derechos públicos subjetivos reconocidos constitucionalmente» (págs. 877-878).

(198) No es momento de repetir aquí lo que ya hemos anticipado varias veces y se desarrollará detenidamente después (vid. *infra*, §§ 52 y ss.), pero debe observarse que lo que en Alemania puede justificar una reserva legal de intervención no puede traducirse en España por una reserva constitucional de Ley, que se dirige directamente sólo contra la potestad reglamentaria e impone no únicamente habilitaciones legales, sino regulaciones legales que aborden el núcleo esencial de la materia.

(199) Se refiere, concretamente, a la regulación de las distintas profesiones (no tituladas), oficios o actividades empresariales porque entiende que ello no supone regula-

«No significa ello en modo alguno que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el *principio general de libertad* que la Constitución (art. 1.1) consagra *autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos y condiciones determinadas...* »

Esta capital afirmación entraña la expresión acabada de la noción de libertad que arranca de la Revolución francesa (artículo V de la Declaración de 1789) y que de ninguna forma se reduce a los aspectos configurados técnicamente como derechos subjetivos e incluíbles en la reserva del artículo 53.1 (200). Ha bastado a esta sentencia invocar el «principio general de la libertad» del artículo 1.1 CE, sin considerar necesario ni tan siquiera reforzarse con el más preciso artículo 10.1 (201).

Junto a este «principio general de libertad», la sentencia se refiere al «principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1)», que «impide —dice— que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal». No se satisface, por tanto, con impedir la actuación contra la Ley o contra cualquier norma general, ni con exigir una autorización del ordenamiento jurídico, sino que impo-

ción del ejercicio de los derechos de los artículos 35.1 y 38, los cuales sólo garantizan la elección de libre profesión u oficio e iniciar y sostener en libertad la actividad, que, no obstante, puede estar disciplinada por disposiciones de muy distinto rango. Ver fundamento jurídico 3.º.

(200) Obsérvese, incluso, que la misma sentencia ha partido de negar que exista aquí una reserva de Ley, lo que no empece que exista, sin embargo, otro límite. Esto imposibilita, acertadamente en nuestra opinión, reconducir la genérica libertad a la reserva de Ley, que, como veíamos, era la solución a que llegaba J. A. SANTAMARÍA PASTOR.

(201) La sentencia del TC 53/1985, de 11 de abril, sí se sirve del artículo 10.1 CE para, expresando la «vinculación íntima» entre ese libre desarrollo de la personalidad y el «valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona», deducir como manifestación de ello «la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (fundamento 8.º), autodeterminación que, como mínimo, permite amparar la idea de la libertad genérica o básica más allá de sus concreciones como derechos fundamentales constitucionalizados.

La STC 101/1987, de 8 de junio, vuelve a invocar el principio de libertad como aquella «regla general de licitud de lo no prohibido» (fundamento 3.º).

La STC 132/1989, de 18 de julio, proclama que el «artículo 1.1 del Texto... consagra la libertad como "valor superior" del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (fundamento 6.º), una libertad, por tanto, que no se circunscribe a sus diversas manifestaciones concretas específicamente constitucionalizadas en los derechos fundamentales.

ne precisamente una «habilitación legal» cuando se trata de limitar ese «principio general de libertad».

Las consecuencias de estos dos principios son claras y afectan a cualquier actuación de la Administración que tenga ese sentido limitativo y no sólo a la potestad reglamentaria (202). La sentencia, aún, las precisa para distinguir los casos en que únicamente rige ese principio de legalidad y aquellos en que rigen concretas reservas constitucionales de Ley:

«En unos casos bastarán para ello [para que se entienda que existe habilitación legal suficiente para dictar normas o actos limitativos] las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal... en razón de... artículos de la Constitución que configuran reservas específicas de Ley.»

Patente queda, por tanto, el rechazo de cualquier intento de reducir la vinculación positiva a la Ley a los supuestos de reservas constitucionales, así como los de ampliar éstos hasta cubrir todo el ámbito en que rige aquella que se satisface con menores requisitos: por lo que ahora interesa, con simples «cláusulas generales».

Esta misma doctrina no es tampoco ajena a la jurisprudencia del TS. En términos especialmente acertados, en cuanto lo conecta con el «libre desarrollo de la personalidad», se pronuncia la sentencia de 27 de marzo de 1985. La sentencia, que enjuicia la legalidad de un acuerdo municipal que creaba un Registro de «intereses privados» y obligaba a sus funcionarios y concejales a la declaración de situaciones personales y familiares, afirma que ello afecta a «un conjunto de situaciones... caracterizadas... por la circunstancia de corresponder a facetas de la esfera personal del sujeto tan estrictamente ligadas al desarrollo natural de la persona y tan trascendentes en su proyección al ámbito familiar y aun social de su normal desenvolvimiento como lo son el trabajo, la actividad profesional y la hacienda personal y familiar». Con esta base, y

(202) Es cierto que la sentencia analizada se centra en los efectos que produce sobre los Reglamentos (habla de «regulaciones limitativas», «reglamentos», «normas reguladoras o limitativas»), pero ello se debe sólo al objeto de la cuestión planteada. Dado que el principal fundamento de su razonamiento se encuentra en el «principio general de libertad», no es dudoso que los límites de él extraídos afectan a cualquier otra potestad administrativa que suponga restricción de esa libertad.

aunque se plantea la posible incidencia del derecho a la intimidad y su reserva de Ley («... permite plantear una serie de dudas sobre si... no puede afectar al derecho que toda persona tiene a la intimidad personal y familiar...»), el Alto Tribunal hace una declaración de más amplio alcance:

«... tanto... en cuanto concerniente al *libre desarrollo de la personalidad*, en expresión del artículo 10.1 de la Constitución vigente, como porque *la garantía de la libertad en que esencialmente se traduce la legalidad veda terminantemente toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impide lo que la ley permite...*» (203).

e) La conclusión de todo lo expuesto no es otra que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad, entendido como vinculación positiva a la Ley para toda actuación administrativa que suponga restricciones a la genérica libertad del individuo o de su propiedad (204), sólo por la cual sigue siendo cierto que el ciudadano puede hacer todo aquello no prohibido por la Ley o de acuerdo con la Ley (205), siempre que se desenvuelva, claro está, dentro de su propio círculo vital (206). El señalamiento

(203) R. Ar. 1668. Sobre la misma, vid. L. PAREJO ALFONSO, *La Constitución en la jurisprudencia contencioso-administrativa*, «REDA», núm. 48, 1985, págs. 593 a 595.

(204) En realidad, lo relativo a la propiedad se plantea en otros términos en la Constitución española, puesto que es recogida en el artículo 33 y afectada por la reserva de Ley. Otra cosa es que el significado de ésta sea también problemático. Pero es la libertad genérica del individuo la que, al no encontrar en los derechos fundamentales nada más que aspectos de ella, presenta con más intensidad la cuestión del principio de legalidad. Si se entendiera que el artículo 33 CE se refiere únicamente al derecho de propiedad en sentido estricto, y no a otros derechos de carácter patrimonial, ni siquiera a los reales, podría plantearse respecto a la incidencia sobre éstos una situación semejante. Pero ni parece correcta tal interpretación del artículo 33 CE ni la tradicional regulación legal de esos derechos ofrece una situación similar.

(205) En caso contrario, aplicando a nuestro Derecho ideas que ya hemos expuesto de manera general, la Administración podría imponer conductas al ciudadano basándose en su propia autoridad, salvo para las actividades amparadas por los derechos fundamentales, esto es, por la reserva de Ley del artículo 53.1 CE. Si así fuera, el resultado no sería muy distinto de afirmar que el ciudadano puede realizar aquello que le está expresa o tácitamente permitido, ya sea con la consagración de derechos subjetivos en la Constitución, ya sea mediante previsiones legales en tal sentido.

(206) Quiere señalarse con ello que la idea de libertad, como posibilidad de realizar todo lo no prohibido por o en base a la Ley, debe ser entendida en el sentido de que puede actuar según su voluntad, para alcanzar los fines o satisfacer los intereses que se proponga, *dentro de su propio círculo vital*, sin interferir en el de otros sujetos. Para entrar en el ámbito de otros sujetos y, por ejemplo, utilizar la cosa ajena o disfrutar de un servicio prestado por otro, esa libertad genérica no es bastante, ni es necesaria previ-

de un límite a las posibilidades de la potestad reglamentaria puede derivarse de lo anterior, pues su aplicación conjunta con el presupuesto que ofrece el artículo 97 CE determinará el ámbito en el que es necesaria una Ley previa, así como lo que ésta debe contener.

§ 46. Pero antes de ello es necesario plantear si la vinculación positiva de la Administración a la Ley tiene un campo de vigencia más amplio que el que hasta ahora hemos reconocido. Porque demostrar que existe una vinculación positiva en todo aquello que suponga restricciones a la libertad y propiedad no nos permite deducir, sin más, que no la haya fuera de ese ámbito y predicable de cualquier actividad administrativa.

Tal amplitud general no queda confirmada ni negada en las proclamaciones del principio de legalidad que realiza la Constitución (207), ni de ninguna forma puede considerarse una doctrina superada (208).

La directa repercusión que su aceptación tendría para delimitar las posibilidades de la potestad reglamentaria obliga a su con-

sión legal en el sentido aquí expuesto. Además, cuando, por cualquier título, se entra en ese otro ámbito prohibido, tampoco rige el principio de que pueda realizar todo lo no prohibido por Ley. Desde ese momento, el individuo queda, en principio, sometido a un poder de otro sujeto. Concreciones de este fenómeno general se producen en gran parte de lo que suelen aislarse como relaciones de sujeción especial respecto a la Administración, en las que el individuo ni se encuentra en su propio círculo, sino en el interior del de la Administración, ni pretende simplemente desarrollar su libertad genérica.

(207) Cualquier construcción que tenga por base esas interpretaciones de los preceptos constitucionales está, según creemos, abocada al fracaso. Sintéticamente, podemos exponerlo así:

a) Es cierto que el artículo 9.3 CE «garantiza el principio de legalidad», pero nos consta ya que esta expresión responde a tal diversidad de significados que de ninguna manera está justificado identificarla, sin otros argumentos, con la concepción «más radical» (MERKL). Sí parece lícito, en cambio, excluir su identificación, como a veces se hace en la doctrina española, con el puro y simple principio de juridicidad (atribución de potestades por el ordenamiento jurídico; vid. *supra*, § 36), pues carece de sentido entender que la Constitución consagre una regla jurídico-teórica sin excepciones y sería dejar a esa declaración constitucional sin valor alguno.

b) El artículo 9.1 CE no puede amparar el principio de legalidad administrativa, puesto que se refiere genéricamente a los «poderes públicos», y el sometimiento de la Administración que nos interesa, caso de existir, no es predicable de todos los poderes públicos; más aún: este precepto coloca en la misma posición a «los ciudadanos» y lo que trata de descubrirse es precisamente una vinculación a la Ley de la Administración que la coloque en una sumisión más estricta e intensa que la de los ciudadanos.

c) El artículo 103.1 CE es también insuficiente para basar una necesaria base legal, pues la Ley aparece aquí, aunque específicamente, junto a cualquier otra norma al hablarse de «sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

(208) Al contrario, en este tema se ha producido «una línea de vuelta deliberada a la pureza de los orígenes revolucionarios», dice J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos...*, I, pág. 199.

sideración aquí, siquiera sea reducida a los aspectos más relevantes al objeto del estudio que nos ocupa. La breve referencia a las doctrinas de algunos autores claves nos bastará para situar la cuestión, siendo conveniente, a tal efecto, distinguir aquellas construcciones que admiten una vinculación positiva a la Ley en base a determinaciones de derecho positivo específicas de cada ordenamiento (*a*), de otras que ven en tal vinculación un principio general esencial (*b*). Posteriormente analizaremos el sentido e intensidad que atribuyen a la conexión con la Ley y su diferencia con la que se reconoce propia de las restricciones de la libertad y propiedad (*c*). Finalmente, se expondrán las dificultades para su aceptación en nuestro Derecho (*d*).

a) Por lo que se refiere a lo primero, interesa subrayar que tanto CARRÉ DE MALBERG como MERKL, por centrarnos en dos autores especialmente significativos de esta tesis aplicada a dos ordenamientos de tradición diferente, no hacían de este principio de legalidad un elemento necesario y consustancial, sino resultado de su proclamación jurídica, la cual era fruto de una previa opción que podía perfectamente no haberse producido. Si esto es así, sus construcciones, aunque se aceptaran íntegramente, no autorizan a sostener sus conclusiones en el Derecho español, salvo que se vean reproducidos los datos y factores en que las basaron. Al contrario, si éstos no se encuentran, el seguimiento riguroso de CARRÉ y MERKL obligaría a concluir que no existe aquí la vinculación positiva general.

— CARRÉ DE MALBERG insiste en que la noción de la Administración que ofrece, esto es, ejecución de la Ley, no es generalizable al Estado de Derecho, sino propia de lo que denomina «Estado legal», que no coincide con el anterior y que entiende consagrado para Francia por el artículo 3 de la Constitución de 1875 (el Presidente de la República vigila y asegura la ejecución de las Leyes), ya que expresa, salvo previsiones constitucionales específicas, la única función del Ejecutivo (209). No existiendo en la Constitu-

(209) *Contribution a la Theorie...*, I, especialmente págs. 488 a 494. Sólo considera que responde a la misma noción francesa el artículo 78 de la Constitución belga, según la cual «el Rey no tiene otros poderes que aquellos que le atribuyan formalmente la Constitución o las leyes adoptadas en virtud de la Constitución» (*ibidem*, I, pág. 478). A lo sumo, después de explicar que esta forma de «Estado legal» está menos extendida que la del Estado de Derecho, conecta aquélla a un sistema de jerarquía de funciones

ción española una cláusula semejante, la doctrina de CARRÉ, ya en sí cuestionada como explicación del sistema francés en el que supuestamente se basaba, no puede encontrar ninguna aplicabilidad (210).

— Algo semejante ocurre con MERKL. Junto al principio de juridicidad (vid. *supra*, § 36), reconocía la posible proclamación de un principio de legalidad que conectase la Administración precisamente con la «Ley formal» (211). Pero, a diferencia del anterior, este principio podía estar acogido o no (212) y estarlo con distinta amplitud y diferente significado (213). El, finalmente, acepta lo que llama la concepción «más radical» que equivale a la vinculación positiva general que ahora nos interesa (214). Pero lo hace en base a ciertos argumentos de Derecho positivo que no encontramos suficientes en el nuestro (215) y si, como el mismo

propio de las democracias (I, pág. 491). Pero, en cualquier caso, esa jerarquía, en la forma concreta en que la reconoce, se deduce, según él, del referido artículo 3, no simplemente de la existencia de un Estado democrático. Por el contrario, recuérdese (vid. nota 191) que la vinculación positiva a la Ley en lo relativo a restricciones a la libertad sí la consideraba esencial característica del Estado de Derecho.

(210) El artículo 97 CE excluye esa posibilidad, ya que, aunque la «función ejecutiva» a que se refiere fuera interpretada en tal sentido, el precepto se refiere separadamente a la potestad reglamentaria. Vid. § 41. Sobre la inadecuación de la construcción de CARRÉ incluso al Derecho positivo de su época, vid. DOUENCE, *Recherches...*, op. cit., pág. 53.

(211) A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, pág. 223. Más concretamente, dice (pág. 226): «El principio de legalidad señala a la Administración un lugar determinado en el sistema de las funciones estatales, un lugar subordinado a la ley.»

(212) Si del principio de juridicidad decía que constituía una regla jurídico-teórica sin excepciones posibles, del de legalidad afirma que se trata de un «postulado jurídico-político que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva» (*ibidem*, pág. 215).

(213) En concreto, esos diferentes significados los divide en tres, que podemos reconducir, utilizando la terminología que venimos empleando, a los siguientes: *a)* simple vinculación negativa a la Ley, que critica y rechaza (*ibidem*, págs. 215 y 216); *b)* vinculación positiva para algunas actividades administrativas, normalmente delimitadas por afectar a la libertad y propiedad, idea que considera aceptada a menudo sin base bastante (págs. 216 a 220) (vid. *supra*, nota 193); *c)* vinculación positiva a la Ley para toda actuación administrativa (*ibidem*, pág. 221).

(214) «En su concepción más radical el principio de legalidad... significa... que toda la administración habrá de realizarse basándose en leyes (...) convierte a la ley en una condición de cada una de las acciones administrativas y... de la administración en su conjunto.» *Ibidem*, pág. 221.

(215) La mayor claridad la encuentra en el artículo 18 de la Constitución austríaca: «Toda la Administración del Estado se desarrollará sobre bases legales.» No hay una fórmula semejante en nuestra Constitución. Además, según recoge STARCK, el significado del referido artículo 18 no ha resultado tan claro en la evolución austríaca. *El concepto de ley...*, op. cit., pág. 395.

En defecto de fórmulas semejantes, cabe deducirlo de alguna de estas declaraciones constitucionales: Primero, «de la exigencia constitucional de la aprobación del presupuesto en forma de ley», unida a la del fundamento legal para limitaciones a la libertad (pág. 221). La aprobación por Ley del Presupuesto nos parece un dato insuficiente salvo

MERKL afirmaba, el principio de legalidad «se apoya en cada ordenamiento jurídico y no tiene valor nada más que para este ordenamiento» (216), no hay en su exposición fundamento alguno para predicar esa concepción «más radical» del principio de legalidad en el Derecho español.

b) Hay, sin embargo, autores que mantienen una vinculación positiva de la Administración a la Ley con argumentos más generales cuya aplicación a nuestro Derecho pudiera parecer justificada. Los nombres de ZANOBINI (217), ALESSI (218), SANDULLI (219) o JESCH (220) pueden ofrecer una síntesis de esta línea. Pese a todo,

que se quiera concluir en una vinculación a la Ley tan débil que no merezca ese nombre. Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, especialmente págs. 522, 523 y 534. Segundo, en defecto de lo anterior, «cabe interpretar... el mero ordenamiento constitucional de la competencia legislativa como codificación indirecta del principio de legalidad (...) en la medida en que la misma Constitución, o la ley formal autorizada por ella, no prevean otras formas de establecimiento del derecho» (pág. 222). Pero el artículo 97 CE, como mínimo, supone esa otra forma de establecimiento del Derecho, por lo que el artículo 66.2 CE no supone consagración de este principio de legalidad «más radical». Una declaración semejante se contiene en pág. 137: «Al determinar las Constituciones de los Estados con instituciones parlamentarias el procedimiento legislativo como propio de la legislación, imponen a la ley en sentido material la forma de ley, a no ser que prevean también otros métodos en el establecimiento del derecho.» Por tanto, salva siempre el supuesto en que exista un medio de creación del Derecho distinto de la Ley. Por eso es excesivo intentar ver aquí una regla absoluta; vid., en esa línea, A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la Ley...*, pág. 59.

(216) *Ibidem*, pág. 215.

(217) G. ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. esp. de H. Masnatta y F. H. Picone, Buenos Aires, 1954, I, págs. 41 a 45.

(218) R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, op. cit., I, págs. 12, 182.

(219) A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica...*, op. cit., págs. 29 y ss., y *Manuale...*, págs. 395 y ss.

(220) D. JESCH, *Ley y Administración...*, op. cit.

La argumentación de JESCH, que es probablemente la más exhaustiva en este sentido, merece, por ello, algún comentario en tanto que, pese a todo, pone de manifiesto las insuficiencias que presenta. Por lo pronto, acepta que el Poder Ejecutivo «se ha convertido en Poder ejecutor en el sentido estricto de la expresión» (pág. 219; ver también pág. 262). Pero esto, más que una conclusión, se presenta como una premisa que no demuestra suficientemente (sólo algunas bases de ello podrían encontrarse en págs. 122 y ss.), una premisa que lleva en sí la solución. Sobre esto, o más ampliamente sobre la posición que atribuye al Parlamento, añade una «hipótesis metódica» según la cual el principio de legalidad está en función de las relaciones estructurales de los tres poderes (págs. 83 y ss.). Aceptar esta hipótesis le lleva a no considerar otros elementos (págs. 126-127). Aun admitiendo su hipótesis, no demuestra que las variaciones sufridas en la «estructura constitucional» alemana sean suficientes para producir los resultados por él pretendidos. Cabría también cuestionar la hipótesis, pues o se da un contenido tan exacto a las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo que las consecuencias estén siempre implícitas en los mismos presupuestos (que es fundamentalmente lo que JESCH hace), o es falsa, como parece demostrar el Derecho comparado: ¿podría explicarse así la evolución del Derecho francés hasta 1958? Rotundamente, no. Quizá, más que un método general, sea una forma de describir la evolución alemana para hacerla adecuada a la finalidad de esta doctrina.

además de que no siempre se dan en la Constitución española los elementos en que basan sus conclusiones (221), éstas son más modestas de lo que pudiera parecer a primera vista, tanto por la admisión de apoderamientos constitucionales (222), como por la extensión misma que dan a ese principio, donde quedan zonas oscuras (223). También, finalmente, la intensidad que dan a esa vinculación relativiza su significado.

Con estas bases afirma la existencia de una «laguna» por no aparecer consagrada nada más que la clásica reserva para la propiedad y libertad (págs. 79 y ss.). Ya es criticable que detecte la laguna en base a una «suposición objetiva» por la que se espera la existencia de una norma (pág. 80). Pero es que, tratándose de la reserva y aceptando que existe para la libertad y propiedad, ya hay una norma que da la solución concreta para todo lo demás: la Administración puede actuar sin base legal. Esto podrá parecer insuficiente, pero no hay una laguna. Una cosa es esperar la existencia de una norma para resolver determinada cuestión, y otra esperar una norma con un determinado contenido que resuelva la cuestión en el sentido previsto o deseado.

Claro es que, con estos presupuestos, llega a la ampliación del principio de legalidad, pero su razonamiento tiene un carácter tautológico.

(221) Por ejemplo, el artículo 80.1 de la Ley Fundamental de Bonn juega en la construcción de JESCH un papel esencial para determinar la «estructura constitucional» de la RFA (*Ley y Administración...*, págs. 118-119), de manera que, sobre lo previsto para los Reglamentos, intenta alcanzar consecuencias más generales. Pero no hay ningún precepto parecido en la CE. Aunque más dudosamente, pudiera también traerse aquí que JESCH entiende que la declaración de Estado social «no dice nada sobre si el Ejecutivo está facultado para su directa concretización...» (pág. 127); pero en España podría mantenerse una solución distinta con los «principios rectores de política social y económica». Ver nuestra nota 229.

(222) Así, por ejemplo, SANDULLI explica el principio de legalidad diciendo que la Ley se ha convertido no sólo en límite, sino en fundamento de toda potestad, «en el sentido de que ninguna potestad pública puede subsistir sino en cuanto prevista —y en los límites en que esté prevista— por una ley (*no importa que sea ordinaria o constitucional*)». *L'attività...*, págs. 30-31; la cursiva es nuestra. Pero, desde nuestro punto de vista, sí importa, y mucho, que sea la misma Constitución la que puede habilitar a la Administración porque entonces no está exclusivamente en manos del Poder Legislativo (distinto del Constituyente) toda atribución en favor de la Administración (vid. *supra*, § 38). Para el Derecho Público español, las diferencias entre la Constitución y la Ley son muy relevantes. Si existen habilitaciones directamente en la Constitución es que la Ley no es fundamento necesario de la actividad administrativa.

También JESCH, pese al sentido que da a su pretendida ampliación de la reserva, admite reiteradamente los apoderamientos constitucionales (págs. 116, 122, 123, 219, 220, 222, entre otras).

C. EISENMANN, *Cours de Droit Administratif*, I, págs. 472 y 473, que explica este principio de legalidad como vinculación positiva llamándole «principio de habilitación legal», entiende que hay que comprender «tanto reglas constitucionales como reglas legislativas ordinarias». Señala como única excepción a esta forma de proceder a CARRÉ DE MALBERG. Pero, en realidad, también éste admitía la posibilidad de habilitaciones constitucionales, con la única diferencia de que no las encontraba, salvo muy específicas, en la Constitución francesa de 1875. Vid. *Contribution...*, págs. 474, 476, 478, etc., donde hace la salvedad de que la Constitución apodere directamente para realizar determinados actos.

(223) En realidad, en algunos de estos autores no es fácil saber si, pese a expresarse en términos tan generales y rotundos, sólo están pensando en una vinculación positiva de las actuaciones que afecten a los administrados. A veces, los argumentos que utilizan no justificarían nada más que ese campo. Es el caso de R. ALESSI, que invoca que en el Estado moderno no se admite intromisión en la libertad individual fuera de los casos

c) En este último punto, las doctrinas que aceptan la ampliación del principio de legalidad tienen en común, a modo de compensación, la tendencia a rebajar la intensidad de la vinculación administrativa a la Ley.

Admitan o no el término de Poder Ejecutivo, en el fondo, lo reducen a una expresión meramente aproximativa de las relaciones entre la Administración y la Ley (224). Pudiera decirse, quizá, que consideran que, aunque los profundos cambios habidos desde la proclamación revolucionaria del principio de legalidad y las diferencias muy notables existentes entre distintos tipos de actividad administrativa no permiten describirla como simple ejecución de la Ley, seguiría siendo cierto que ésta no es sólo límite de la Administración, sino que la Ley habría dejado de encomendar a la Administración su simple ejecución mecánica, si es que alguna vez había sido así, para autorizarle a una función infinitamente más amplia; pero la función de la Ley respecto a la Administración continuaría, en esencia, siendo la misma.

De ninguna forma se predicaría una vinculación tan estricta como la que se reconoce exigible para las limitaciones a la libertad y propiedad de los ciudadanos, de manera que su traducción lineal y simple en un sistema de atribución de potestades no sería realmente expresiva de esta forma general de vinculación a la Ley.

permitidos por la Ley. *Instituciones...*, I, pág. 13. Pero esto, obviamente, no justificaría la vinculación positiva nada más que para lo que afectara a esa libertad. También la exposición de A. M. SANDULLI, *L'attività...*, págs. 30 y ss., y *Manuale...*, págs. 395 y ss., suscita dudas.

Terminantemente claro es, por el contrario, D. JESCH, que no llega a afirmar una reserva de Ley (principio de legalidad) para todos los campos, ya que, por lo pronto y como mínimo, excluye de su estudio lo relativo a organización, tal y como aclara en pág. 2, nota I. En realidad, su pretendida amplitud general en la reserva de Ley se centra en la Administración prestacional (págs. 224 y ss.) y en las relaciones de sujeción especial (págs. 263 y ss.).

(224) Vid. G. ZANOBINI, *Curso de...*, op. cit., I, pág. 45; R. ALESSI, *Instituciones...*, I, pág. 13; A. M. SANDULLI, *L'attività...*, pág. 49.

CARRÉ DE MALBERG acepta el término de Poder Ejecutivo, e incluso lo defiende y extrae conclusiones de ello. Pero empieza por reconocer que «esa palabra de ejecución no debe ser entendida en un sentido demasiado riguroso» (*Contribution...*, I, pág. 475), y termina por decir que «la Constitución, con esta denominación de poder ejecutivo excluye el sistema según el cual la autoridad administrativa tendría un poder inicial que le permitiese tomar por sí misma todas las medidas que juzgue útiles, bajo la única condición de no contradecir las leyes» (I, pág. 497), es decir, que lo único que queda claramente excluido es una vinculación simplemente negativa. Posteriormente, cuando trata de darle un contenido más preciso, previene contra la idea de una «ejecución servil que no tenga ninguna iniciativa, ninguna posibilidad de apreciación libre...» (págs. 502-503).

También MERKI entiende que «el principio de la Administración legal convierte a la Administración... en ejecución de la ley», pese a lo cual, aclara, no se prejuzga la «medida» del sometimiento a la Ley, sino sólo el sometimiento mismo. Vid. *Teoría...*, págs. 225 y 240.

Ello podría quedar circunscrito a aquellos poderes ajenos a los otros sujetos jurídicos y que singularizan la superioridad de la Administración (225). La idea de que las Leyes, como dijera ZANOBINI, «determinan las tareas que deben ser propias de la Administración en los diferentes campos», de que la Ley cumple respecto a la Administración una «función de dirección y de mando» (226), ofrece, pese a su imprecisión, una visión más aproximada de lo que para estas doctrinas supone el principio de legalidad.

d) Llegados a este punto se comprenderá que no basta ahora con responder en qué grado esto se realiza en nuestro Derecho Público, sino también en qué medida esto se corresponde con una verdadera vinculación positiva a la Ley. Las preguntas están relacionadas de manera que la respuesta a la segunda depende directamente del grado en que esté realizado el primero. Y, con respecto a esto, es forzoso reconocer que en el estado actual de nuestra doctrina y jurisprudencia es aventurado intentar conclusiones definitivas. Aun así, creemos posible apuntar las líneas generales.

Por lo pronto, es un dato elemental que la Administración no es una creación legal, sino constitucional, de por sí suficiente para reconocer la existencia de un ordenamiento y de ciertos poderes que, pese a su eficacia meramente interna, son plenamente jurídicos (227). De otra, la misma Constitución le atribuye, al mismo tiempo, determinadas funciones, ámbitos y poderes. El artículo 97 es un compendio de todo ello. En tal sentido, ya señalamos que su proclamación de la potestad reglamentaria tiene el valor de una auténtica y suficiente atribución de la misma (§ 32). Pero, además, establece que «el Gobierno dirige... la Administración civil y militar... » y que «ejerce la función ejecutiva», todo lo cual no parece una fórmula vacía que sólo con las Leyes cobrará algún contenido, sino que supone abrir un cierto campo sin necesidad del intermedio legal (228). Junto a ello, otros preceptos constitucio-

(225) Esta reducción del principio de legalidad como necesaria atribución legal de potestades está comprendida en SANDULLI cuando excluye de esa regla a los «derechos y poderes comunes a los otros sujetos jurídicos». *Manuale...*, pág. 395.

(226) G. ZANOBINI, *Curso...*, I, pág. 45.

(227) Vid. *supra*, § 15. J. M. DE LA CLÉTARA, *Las potestades administrativas*, op. cit., pág. 75, recuerda en este sentido que las potestades «pueden nacer de una institución jurídica (potestad autoorganizatoria)...».

(228) Particularmente, la atribución de la dirección de la Administración civil y militar supone, como mínimo, el reconocimiento al Gobierno de un campo puramente interno o doméstico, con poderes sin relevancia exterior, pero no por ello ajurídicos e irrelevantes (vid. *supra*, § 15). Pero también parece que supone abrir ciertas materias al

nales vienen siendo interpretados como cobertura suficiente para que la Administración realice determinadas actividades (229).

Gobierno, y entre ellas creemos posible incluir la potestad organizatoria incluso respecto a órganos con relevancia externa, y siempre que esa potestad no suponga, paralelamente, restricciones sobre la libertad genérica del individuo. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.2 CE no se opondría a ello porque el hecho de que cierta regulación de una materia esté reservada constitucionalmente a la Ley no altera el que se trate, en su caso, de una materia administrativa y confiada por la Constitución al Gobierno, aunque respetando una Ley que aquélla ya prevé. En este sentido, nos parecen acertadas las posiciones de I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, pág. 230, de que el objeto de las reservas que establece la CE no es una materia, sino ciertos aspectos de su tratamiento jurídico normativo. Lo cierto es que, en general, el artículo 103.2 CE no se ha considerado excluyente de una potestad organizatoria de la Administración. Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 242. Es muy interesante el dictamen del Consejo de Estado de 11 de noviembre de 1982 (Ref. de Recop. de doctrina legal núm. 198), que afirma que «en el artículo 103.2 CE no hay reserva de Ley y la Ley podrá fijar el sistema que considere más adecuado». Igualmente, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/2, 9.ª ed., Madrid, 1988, pág. 69. El TC, sin embargo, considera que existe una «reserva relativa».

Quizá quepa reforzar esta conclusión atendiendo a la expresa atribución de la «función ejecutiva» del mismo artículo 97 CE y al contenido que le ha dado el TC, aunque en relación con un problema totalmente diferente. Como es sabido, éste, cuando en virtud del sistema de distribución constitucional de competencias corresponde al Estado la «legislación» y a las Comunidades Autónomas la «ejecución», ha entendido que la última incluye la facultad de organizar los servicios correspondientes (vid. nota 95). Esa jurisprudencia constitucional presenta problemas y su extrapolación fuera de su campo es peligrosa. Pero si tal construcción pudiera trasladarse al tema que nos ocupa, el artículo 97 CE, al atribuir la función ejecutiva, significaría que atribuye ya al Gobierno la potestad de organizar todos los servicios necesarios para la ejecución de las Leyes. No podrá dejar de reconocerse que se llega a algo parecido a la idea de alguna doctrina francesa según la cual admitir Reglamentos organizativos sin previsión legal no desmiente que la Administración siga realizando exclusivamente la ejecución de la Ley (ver nota 102).

Tiene interés recordar la STC 99/1987, de 11 de junio, según la cual determinada actividad, como convocatoria de oposiciones o traslados de funcionarios, «entra, sin duda, en la función ejecutiva y de dirección de la Administración del Estado que al Gobierno le cumple (art. 97 CE)...»; parece que hay aquí un reconocimiento directo de funciones en base al precepto constitucional.

(229) J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR Ezcerra, *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 5 y ss., mantienen el «principio de cobertura constitucional», según el cual existen «apoderamientos que directamente y sin previsión de Ley intermedia verifica la Constitución a la Administración». Según ellos, ejemplo sería el Capítulo III del Título Primero, que «no es sino un apoderamiento global a la Administración (como poder público por antonomasia) para poder actuar *praeter legem* y bajo la sola cobertura constitucional, en los sectores a que se refiere».

No muy distinta es la posición de J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, pág. 192, que, al plantearse si el reconocimiento por la Constitución de derechos económicos y sociales y la configuración del Estado social podría suponer «un campo propio de la potestad reglamentaria independiente», concluyen que «en teoría... la respuesta pudiera ser afirmativa».

Otros ejemplos pueden abundar en la misma idea. Así, F. GARRIDO FALLA, en la Introducción general de la obra colectiva, dirigida por él mismo, *El modelo económico de la Constitución española*, I, págs. 67 a 69, explica que el primer inciso del artículo 128.2 CE («Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica») supone admitir la creación de empresas *ex novo* sin necesidad de que medie una Ley. Sin entrar en mayor profundidad, lo que nos interesa es que la Constitución ha habilitado directamente a la Administración.

Y esto, unido a la directa habilitación constitucional de potestad reglamentaria, parece que pudiera permitir a la Administración, salvo lo que se deduzca de otras reglas (reservas de Ley o valor y efectos directos de la libertad genérica del ciudadano), regularlas autolimitando sus posibilidades iniciales o atribuyéndose potestades que no incidan en la esfera de libre desenvolvimiento de los ciudadanos (230), por lo que, desde luego, la Ley deja de constituir la única fuente de las potestades administrativas que pueden tener su origen bien en la Constitución, en el Reglamento o en la configuración de la Administración como ordenamiento.

Nada de esto es incompatible, según nos consta, con todas estas doctrinas dada su admisión de apoderamientos constitucionales y la laxitud de la conexión legal exigida en algunos casos. Pero todo ello se realizaría con tal intensidad en el Derecho español que seguir hablando de un principio de legalidad absoluto y general sería utilizar una expresión excesiva para reflejar la realidad. En cualquier caso, no hay propiamente una vinculación positiva a la Ley y, si aún pudiera decirse que la hay, sería a costa de rebajar el significado de ésta.

Desde luego, aceptar la eficacia directa de apoderamientos constitucionales no supone nada semejante a reconocer poderes naturales, sino que es una consecuencia del pleno valor jurídico de la Constitución a la que nada objetamos. Además, en la medida en que tampoco se crea consagrado por la Constitución un poder

El TS se ha situado claramente en esta línea; así, S. de 27-III-1986 (R. Ar. 1527): «Algunas potestades administrativas tienen su fundamento inmediato en la Constitución... Otras, en cambio, son obra directa de la Ley...»

(230) Véase, no obstante, nota 136.

En definitiva, como proclama J. M. DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas*, op. cit., pág. 74, «hoy sabemos ya que el poder público se distribuye directamente por el bloque constitucional».

Con razón entendía CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, I, pág. 599, que su teoría del «Estado legal», en el que la Administración era sólo y exclusivamente ejecución de la Ley, suponía que la Constitución había «otorgado al órgano legislativo una especie de poder constituyente, en el sentido de que le ha dejado libertad y poder para regular por él mismo las tareas del Ejecutivo». Pero nadie entiende que la Constitución española sponga nada parecido. Al contrario, en ella hay ya consagradas algunas posibilidades de la Administración.

La STC de 7 de junio de 1988 (R. Ar. 5067), cuyas conclusiones son, por lo demás, obvias, sirve para ponerlo de relieve, y más concretamente la posibilidad de dictar Reglamentos en base a la conjunción del artículo 97 CE y una habilitación material; y así admite una norma que prevé órganos para la protección del medio ambiente y autoriza al ICONA a realizar ciertos gastos, previa conformidad de la propiedad, porque «el RD debatido ha de enmarcarse en las facultades genéricas que concede a la Administración el artículo 45.2 CE...», y «... para hacer lo que hace... no es necesaria norma alguna con rango de Ley...».

general en favor de la Administración, sino, a lo sumo, habilitaciones más o menos amplias pero siempre concretas, el principio sigue siendo más que una simple vinculación negativa. Pero la vinculación positiva no se produce con la Ley, sino con ésta o con la Constitución. La diferencia es fundamental a nuestros efectos, pues supone que las funciones, competencias y actividades de la Administración no dependen enteramente del legislador, sino que, al menos en parte, vienen delimitadas desde el mismo momento del establecimiento de los poderes constituidos por una decisión del constituyente que, de ninguna forma, puede asimilarse al legislador en el Derecho español.

De otra parte, y hasta con esa inclusión de las habilitaciones constitucionales, la conexión con la Ley, y sobre todo con la Constitución, no expresa generalmente un sometimiento tal que permita decir que la Administración sólo pueda hacer aquello que la Ley autoriza (231). A lo sumo, puede decirse que la Administración tiene que desarrollarse en el marco señalado ampliamente por la Constitución y la Ley. SANDULLI, sobre la base de ideas ya apuntadas por S. ROMANO (232), ha tratado de explicar la potestad normativa de la Administración como expresión de una autonomía de la que gozaría ésta en virtud de un previo reparto legal, por tanto, de una autonomía destinada a desarrollarse en el cuadro y en el ámbito delineado por el orden legislativo (233). Una explicación semejante pudiera generalizarse para exponer la posición de la Administración. La Ley cuando, por ejemplo, convierte en dominio público determinados bienes, o permite a la Administración realizar actividades económicas o simplemente le encomienda fines... no está, generalmente, determinando de manera exhaustiva sus facultades, ni agotando las actuaciones que autoriza, sino, mucho más ampliamente, señalando un ámbito material para su desenvolvimiento o, en su caso, para el ejercicio de sus potestades deducibles conforme a otras reglas.

Esto último, todavía permitiría entender que toda la actividad

(231) Así, por ejemplo, lo formula R. ALESSI, *Instituciones...*, I, pág. 12.

(232) S. ROMANO, *Fragments de un diccionario jurídico*, voz «Autonomía», págs. 48 y 49; *Corso...*, págs. 30 y 46.

(233) *L'attività...*, págs. 56 y 57, *passim*. Quizá ese reparto legal se realice o se pueda reconstruir mediante los «títulos» que presiden «un área de actuación administrativa específica, en la que las normas... positivizan las potestades inherentes a dicho título», especialmente a través de los «títulos de gran cobertura». J. M. DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas*, op. cit., págs. 107 y ss., en especial 109 y 130.

administrativa encuentra su necesario fundamento en la Ley, aunque éste sea tan remoto, y mediato y, sobre todo, tan impreciso que, más que decir que cada acción administrativa debe encontrar fundamento en la Ley, habría que afirmar que lo encuentra en el conjunto de Leyes, en una legalidad que exigiría mucho más que la ejecución de cada una de las Leyes (234).

Pero si a ello se suma la validez de apoderamientos constitucionales y la amplitud que la doctrina viene reconociendo a los de la Constitución española, nos encontramos realmente con un panorama muy diverso al que realmente debe reflejar una vinculación positiva general a la Ley.

Aun así, si esto fuera lo único que se puede predicar de la conexión de la Administración con la Ley, al margen de las específicas reservas constitucionales de Ley, nada objetaríamos a esta descripción que tiene el valor, al menos, de negar que la Administración pueda actuar libremente salvo prohibiciones expresas. Pero es fundamental recordar que existe una vinculación a la Ley mucho más estricta, precisa y unívoca cuando se trata de restringir la libertad genérica del individuo. Y es esto lo que tiene el riesgo de difuminarse en esa apreciación global de la Administración que más pretende una construcción dogmática que sitúe a la Administración en el conjunto de las funciones estatales que una regla realmente operativa para enjuiciar su actuación.

Las diferencias son esenciales y no reconducibles a una fórmula común. Si, aun con todo, puede obtenerse una conclusión general, no puede llevarse más allá de estos términos: para restringir la libertad y la propiedad la Administración actúa con la fuerza del legislador, de manera que necesita fundamento legal y sólo puede hacer lo que la Ley le haya autorizado y en la medida que se lo autorice; para todo lo demás, y salvo la incidencia de otras reglas y principios, la Administración actúa como expresión de una autonomía configurada por la Constitución y las Leyes, en el ámbito diseñado por ese orden normativo que le está supraordenado (235).

(234) No puede ocultarse la proximidad de todo esto con ciertas doctrinas francesas que, al menos hasta 1958, seguían considerando a la Administración como ejecución de la Ley. Es más, probablemente el sentido de tales doctrinas era precisamente este mismo, es decir, poner de relieve algo muy semejante a esta conexión con la Ley. El amplísimo concepto de ejecución de las Leyes, defendido por G. VEDEL (véase nota 102), quizá no sea más que una formulación distinta de las mismas concepciones.

(235) En este ámbito, y cuando no se trate de restringir la libertad genérica, las potestades, que pueden nacer de la Constitución y de las Leyes, pueden derivar también

Retomando la gran cuestión que dejamos pendiente (vid. § 38), la última afirmación supone que las «materias administrativas» son tales por una determinación ajena a la misma Administración, pero que, sin embargo, no corresponde única y exclusivamente al legislador (236) porque la misma existencia de la Administración, que se debe a la Constitución y no a las Leyes, supone ya el diseño de un cierto ámbito propio que se confirma y amplía por lo que se vienen admitiendo como expresos apoderamientos constitucionales.

§ 47. Sentadas las anteriores bases, procede extraer de ellas las consecuencias que producen sobre la potestad reglamentaria porque, si bien el principio de legalidad no supone un límite específico de esta potestad, sino general a todo el actuar administrativo, también sobre ella despliega sus efectos. Es asimismo momento de reconsiderar las conclusiones provisionales que antes formulamos sobre la exclusiva base del principio de juridicidad del Estado de Derecho y que ya permitían circunscribir el Reglamento a las materias administrativas (vid. *supra*, § 38). Pero, aun con todo, no podemos todavía elevar a definitivas las posibilidades que, en virtud de lo expuesto hasta ahora, reconoceremos seguidamente a la potestad reglamentaria de la Administración, pues hay otros límites, fundamentalmente los derivados de las reservas constitucionales de Ley, que aún no hemos considerado. Prescindiendo por ahora de ello, podemos sistematizar las consecuencias del principio de legalidad y del de juridicidad sobre la potestad reglamentaria reconocida al Gobierno en el artículo 97 CE de la siguiente forma:

a) El principio de juridicidad impide ejercer la potestad atribuida en el artículo 97 CE para dictar Reglamentos sobre mate-

de otros elementos del ordenamiento jurídico. Vid. J. M. DE LA CUÉTARA, *Las potestades...*, op. cit., págs. 74-75, 102, 135 y ss. Ocurre, sin embargo, que, como se pone de manifiesto, especialmente pero no exclusivamente, con la reglamentaria, el mecanismo de atribución de potestades no es suficiente para traducir la complejidad de las relaciones entre la Administración y ordenamiento o específicamente la Ley.

(236) Formulamos así la conclusión con los mismos términos de CARRÉ DE MALBERG, pero justamente, claro está, en sentido contrario. Este, en *Contribution...*, I, pág. 476, decía que no había ni tan siquiera que distinguir «*ratione materiae*» entre los actos que afectan a los ciudadanos y aquellos cuyo efecto permanece dentro del organismo administrativo. Según el artículo 3 [de la Constitución francesa de 1875], *no hay materia que corresponda directamente a la función administrativa*. El dominio de la Administración es sólo la ejecución de las Leyes» (cursiva nuestra).

rias no administrativas, es decir, sobre aquellas en que la Administración no desarrolla ninguna función, sino que están confiadas íntegramente a los particulares o a otros poderes públicos. Pero no se opone a que la potestad reconocida por la Constitución al Gobierno sea utilizada para dictar Reglamentos respecto de aquellas materias de actuación administrativa. Como éstas, según hemos visto, no lo son necesariamente por una decisión del legislador, el artículo 97 CE permite la existencia de Reglamento sin una Ley previa. Recogiendo ideas anteriores, cabe decir que el referido precepto autoriza al Gobierno a ejercer la potestad reglamentaria en un ámbito de autonomía administrativa diseñado por un orden normativo que le está supraordenado, pero sin que sea necesaria siempre una Ley. En todo caso, resulta de lo anterior que la conexión entre potestad reglamentaria y funciones materiales propias de la Administración debe confirmarse, salvo que el Reglamento se dicte en virtud de habilitaciones normativas específicas que permitan excepcionalmente salir de ese campo, lo que no es el momento de analizar.

b) Sin embargo, cuando se trata precisamente de interferir el libre desarrollo de los ciudadanos es necesaria una Ley. En concreto, para que la Administración pueda hacerlo, es necesaria una autorización legal. Así lo impone la vinculación positiva que entraña el principio de legalidad y es esto mismo lo que impide que el artículo 97 CE sea suficiente para la aprobación de Reglamentos con ese significado limitativo o restrictivo de la libertad o propiedad de los ciudadanos. Todo ello, aunque no afecte a los derechos fundamentales objeto de la reserva constitucional de Ley porque no es ésta, sino el principio de legalidad, su fundamento.

Pero si ésta es la justificación del límite expuesto a la potestad conferida en el artículo 97 CE, bastará con que la Ley autorice a imponer limitaciones a los ciudadanos para que aquella potestad despliegue todos sus efectos permitiendo que tales limitaciones se establezcan reglamentariamente.

Por tanto, lo que se exige de la Ley es una autorización para limitar la libertad, no para dictar Reglamentos; una habilitación, pero no una habilitación normativa; una atribución de potestades, pero no precisamente de la reglamentaria, pues la de ésta se contiene ya en la Constitución (vid. *supra*, § 32).

El Reglamento estableciendo limitaciones será posible no por el simple reconocimiento de potestad reglamentaria (art. 97 CE), ni por la habilitación legal que no preveía concretamente la aprobación de normas generales, sino por la conjunción de esos dos presupuestos. Ninguno de ellos aisladamente sería suficiente (237).

c) Ni el principio de juridicidad, por su significado, ni el principio de legalidad, por su extensión, imponen que los Reglamentos estén conectados siempre a la Ley. No obstante, así será generalmente de manera que, de ordinario, la Ley podrá mostrarse como fundamento, más o menos remoto o inmediato (238), y aunque en ocasiones no aporte más que una simple delimitación de un ámbito de desarrollo de la actividad administrativa en el cual, por añadidura, podrá producirse el Reglamento.

d) Ninguno de los dos principios impide en materia alguna ejercer la potestad reglamentaria del artículo 97 CE, para dictar Reglamentos respecto a las Leyes cuya ejecución sea administrativa. Al contrario, esta posibilidad debe ser reconocida como necesaria consecuencia de la configuración constitucional de un poder normativo propio (239). Es la consecuencia más

(237) No se trata, por tanto, de reavivar las viejas tesis según las cuales la potestad reglamentaria derivaba del poder de la Administración para determinar el Derecho por actos singulares discrecionales en cada caso, que estuvieron extendidas en Italia y de las que es máximo exponente F. CAMMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padua, 1960 (reimpresión con notas de actualización), págs. 107-108, y que ofrece tal fundamento tanto para los Reglamentos de ejecución (págs. 124-125) como para los independientes (pág. 126). Tal doctrina está justamente abandonada con argumentos que no es necesario recordar. Entre la misma doctrina italiana puede verse este rechazo en G. ZANOBINI, *Curso...*, I, págs. 101-102, y R. ALESSI, *Instituciones...*, I, pág. 32. Más ampliamente, no se trata de afirmar que lo que la Administración puede mandar o prohibir mediante actos singulares lo puede hacer también de manera general y definitiva, es decir, por Reglamentos. Todo eso lo rechazamos. Ver § 49 y nota 255. La potestad reglamentaria nace, en lo que ahora importa, del artículo 97 CE, y las posibilidades que la Administración tenga, en virtud de la Ley, de ordenar o prohibir, de interferir el libre desarrollo de la actividad de los particulares, sólo nos sirve para delimitar aquella potestad cuyo fundamento es otro.

(238) En ese sentido podrá decirse que «en la práctica, dado el entramado normativo previo, es virtualmente desconocido el famoso Reglamento independiente de la Ley». E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 249. En la misma línea podrán situarse las sentencias del TS como la de 17 de diciembre de 1982 (R. Ar. 8039), que llega a decir, con indudable exceso, que todos los Reglamentos son ejecutivos, o posiciones semejantes que no son sino descripción aproximativa de una realidad en la que es, sobre todo, la Ley la que delimita el ámbito de actividad administrativa. Pero, además de no ser siempre necesaria, el papel de la Ley en unos y otros casos será muy distinto.

(239) Lo expresa de forma especialmente acertada el Dictamen 44132, de 13 de mayo de 1982, del Consejo de Estado: «... desde un punto de vista teórico, la potestad reglamentaria implica, entre otros extremos, posibilidad de desarrollar cualquier texto

notoria de las habilitaciones generales de potestad reglamentaria (240).

legal sobre materias administrativas...» (Recopilación de Doctrina legal, Ref. 183). También el Dictamen 44799, de 2 de diciembre de 1982 (Ref. 216), que, aunque no hace expresa alusión a que debe tratarse de materias administrativas, se refiere a una Ley sobre las mismas, sólo ante la cual es acertado proclamar, como lo hace, que «aun sin autorización o mandato específicos en la misma Ley que se trata de reglamentar, el Gobierno puede dictar las normas de ejecución y desarrollo que sean necesarias para su ejecución haciendo uso de la potestad reglamentaria genérica que le confiere el artículo 97 de la Constitución».

Esta no es sólo una tesis generalizada exclusivamente en Francia y, probablemente, no sea ni siquiera la prototípica tesis francesa en la medida en que lo circunscribimos a las Leyes de ejecución administrativa.

Desde luego, en Francia siempre se ha admitido el Reglamento ejecutivo o complementario espontáneo. Vid. L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, II, pág. 700; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, I, págs. 637, 646 y ss.; M. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, págs. 65 y 66, y *Précis élémentaires...*, pág. 205; G. VEDEL, *Droit Constitutionnel*, pág. 510. Con la Constitución de 1958, pese a que introduce notables innovaciones en este terreno, se sigue admitiendo un poder reglamentario para desarrollar Leyes sin específica habilitación de ésta, pues se deduce del artículo 21 de la Constitución, por el que corresponde al Presidente del Gobierno asegurar la ejecución de las Leyes. Vid. A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, 9.ª ed., París, 1984, tomo I, págs. 316 y 317; J. RIVERO, *Droit Administratif*, 9.ª ed., París, 1980, pág. 62; G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, 9.ª ed., París, 1984, págs. 293-294; R. CHAPUS, *Droit Administratif General*, París, 1985, págs. 434 y 435. En todo caso, queda claro que esta posibilidad existe incluso ante materias íntegramente reservadas al legislador y en base a un poder constitucional.

Pero también en Italia se admite esta misma facultad. S. ROMANO, *Corso...*, págs. 53-54, explicaba que los Reglamentos con eficacia externa necesitaban una autorización, pero podía ser una simple autorización general de la misma Constitución cuando se trata de un Reglamento de ejecución de Leyes. En la actualidad, dice P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, trad. esp., Madrid, 1965, «ya no es necesario, en el ordenamiento italiano, una concesión expresa de potestades reglamentarias al respecto (es decir, para los "reglamentos de ejecución" que "tienden a realizar la ejecución concreta de las leyes"), en el texto de la ley interesada, ya que ha sido establecido en general» por el artículo I de la Ley 100, de 31 de enero de 1926, que simplemente se limitaba a atribuir al Jefe del Estado esta facultad de dictar Reglamentos para la ejecución de Leyes (págs. 483 y 484).

En Alemania las cosas se desarrollaron de distinta forma porque se negaba que existiese una autorización general de potestad reglamentaria ni siquiera para ejecución de las Leyes. Las que había eran interpretadas normalmente como una previsión de las ordenanzas administrativas, pero no jurídicas. Vid. P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, op. cit., tomo II, págs. 384 a 395; F. FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 60, notas 18 y 26. Pero, si se consideraban existentes, se admitía que eran bastantes para dictar Reglamentos de ejecución de Leyes, aunque éstas no lo hubiesen previsto. Así lo demuestra O. MAYER.

Cierto que MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, tomo I, págs. 101 y, sobre todo, 165, entendía que la facultad de obrar con fuerza obligatoria general era exclusiva de la Ley y ajena a la Administración, que, por tanto, necesitaba siempre (fuera o dentro de la reserva de Ley) una delegación. Pero añadía: «Tácitamente, la delegación está vinculada a la Ley por la disposición constitucional que atribuye al príncipe las ordenanzas de ejecución. En virtud de este precepto, el príncipe está autorizado para formular, una vez dictada la ley, las reglas de derecho necesarias para su ejecución, en tanto la ley misma no excluya esta competencia» (pág. 166). El mismo MAYER precisaba inmediatamente que esta exclusión no existe, normalmente, para las Leyes administrativas: «La exclusión existe, en caso de duda, con respecto a la ley civil y la penal; las leyes de organización, de procedimiento y de administración, por el contrario, admiten las ordenanzas de ejecución,

Sin embargo, esta consecuencia de la atribución del artículo 97 CE sólo puede admitirse como regla general que está sometida a excepciones fundamentales y muy amplias. Tanto, que se ha podido negar la regla misma sin producir efectos muy diferentes a los que derivan de su admisión. Fundamentalmente, constituye un límite a esta posibilidad del Reglamento basado en la habilitación general y las cláusulas de ejecución, las reservas de Ley que establece con gran amplitud la Constitución española. Precisamente tales reservas tienen el significado, como veremos después, de excluir para las materias en que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria basada exclusivamente en estas habilitaciones generales (241). En segundo lugar, la Ley cuya ejecución corresponde a la Administración puede haber negado implícita o explícitamente la posibilidad de dictar Reglamentos que interfieran entre aquélla y su aplicación administrativa (242). Finalmente, la excepción puede derivar de que la Administración que tenga confiada la ejecución de la Ley, pese a contar con una autorización general para dictar Reglamento, no pueda dictar el correspondiente a esa materia porque, en virtud de las reglas sobre distribución de competencias, su aprobación corresponde a otras (243).

cuando no las excluyan formalmente...» (loc. cit.; cursiva nuestra). Está formulada aquí la idea que nosotros recogemos de que caben estos Reglamentos respecto de Leyes administrativas, pero no respecto de las restantes, aunque esto último lo haga MAYER con demasiadas matizaciones. A. MERKL es, sin embargo, rotundo: vid. la siguiente nota.

En la doctrina española presenta especial claridad J. A. GARCÍA-TREVIANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1968, tomo I, pág. 290, que, explicando los Reglamentos externos ejecutivos, afirma que «aunque no exista la mención expresa, la Administración tiene potestad —basada en la competencia para que se cumplan las Leyes— para dictarlos en los aspectos típicamente administrativos. Las normas civiles... no son reglamentables *in abstracto* por la Administración. Para ello es preciso que se autorice expresamente» (cursiva nuestra).

(240) En este mismo sentido, A. MERKL, *Teoría general...*, pág. 240, poco sospechoso de propender a admitir poderes de la Administración al margen de la Ley, decía: «Con esta declaración [se refiere a la «autorización general para dictar ordenanzas»] y siempre que no se establezcan concretamente excepciones expresadas, toda autoridad administrativa se halla autorizada a dictar ordenanzas con respecto a aquellas leyes cuya ejecución le compete. En este caso, cualquier ley, siempre que no se hallen material y unívocamente concretados sus casos de aplicación, podrá ser concretada mediante ordenanzas.» Nosotros no predicamos estas consecuencias para cualquier autoridad administrativa, sino tan sólo respecto al Gobierno (art. 97 CE). Además, no descartamos que esta misma habilitación general permita Reglamentos al margen de una Ley.

Sobre cómo esto se opone a ciertas doctrinas sobre la reserva formal de Ley, ver §§ 62 y ss.

(241) Vid. *infra*, § 54.

(242) La Ley puede querer que su ejecución se haga sólo por actos singulares, apreciándose las circunstancias de cada caso. Sobre ello, vid. *infra*, §§ 60 (autorreservas legales) y 65 (especialmente, nota 337).

(243) Es éste uno de los casos destacables en que será necesario que las Leyes

e) Si ya hemos admitido supuestos en que la habilitación del artículo 97 CE es suficiente para la aprobación de Reglamentos, surge inmediatamente la cuestión del posible contenido de los mismos. Claro es que no pueden contradecir a la Ley que, en su caso, le preste fundamento ni a ninguna otra, como tampoco a las restantes normas de superior jerarquía ni a los principios generales del Derecho. Pero lo que ahora interesa es si, respetando esos límites negativos, el Reglamento puede desarrollarse libremente o está condicionado a una función concreta. La cuestión, en realidad, sólo cobra perfiles específicos distintos de los hasta ahora estudiados (244) cuando existe una Ley reguladora de la materia.

Conforme a lo que venimos desarrollando es obligatorio concluir que la existencia de una Ley, aunque haga cambiar sustancialmente la situación en la práctica, no introduce ninguna excepción distinta de las expuestas. En particular, no está justificado

introduzcan habilitaciones específicas a la potestad reglamentaria. Deliberadamente, hemos simplificado la exposición hablando de materias administrativas, entendiendo que para ellas la autorización general del artículo 97 CE permite dictar Reglamentos. Pero, ante la existencia de Administraciones autónomas, hay que añadir que frecuentemente la competencia de ejecución ordinaria de una materia administrativa corresponderá a una Administración, pero la Ley (o la Constitución) prefiere que su regulación reglamentaria corresponda a otra a la que habilite expresamente para ello. En tal caso, aquella Administración, por ejemplo la municipal, cuenta con una cláusula de ejecución legal y con una genérica potestad reglamentaria (art. 4.1 LRBRL), pero no podrá dictar el Reglamento relativo a esa materia porque la Ley niega tal posibilidad al atribuírselo, por ejemplo, al Gobierno. Este, frente a esa materia, aunque sea administrativa, se encuentra en una situación semejante a los supuestos en que se le autoriza a dictar Reglamentos sobre materias no administrativizadas, en el sentido de que esa actividad normativa constituirá su única incidencia sobre la misma. En las relaciones entre potestad reglamentaria del Estado y de las Comunidades Autónomas el fenómeno también se produce, aunque interfieren otros factores que lo hacen menos perceptible. Pero, en cualquier caso, es notorio que hay supuestos en que, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la ejecución de una Ley (o, más ampliamente, la ejecución en una materia), sus Consejos de Gobierno no pueden ejercer la potestad reglamentaria que ostentan en virtud de atribuciones generales, o no la pueden ejercer con todas las consecuencias que aquí hemos predicado, sino muy limitadamente, por el juego simultáneo de las reglas sobre distribución de competencias.

(244) Evidente resulta, según entendemos, que estos Reglamentos basados en la atribución general de potestad reglamentaria sólo pueden tener por contenido la regulación de la materia administrativa y, por tanto, en principio, la regulación de la propia actividad de la Administración, pero incluyendo aquella que incide directamente sobre otros sujetos. No sólo, consecuentemente, procedimiento, organización, etc., sino también regular el ejercicio de sus potestades sobre los ciudadanos, de los derechos de éstos respecto a la Administración, etc. Véase a este respecto lo que R. ALESSI, *Instituciones...*, op. cit., I, págs. 34-35, dice sobre los «reglamentos reguladores de las facultades correspondientes al poder administrativo».

Si la Ley se limita a una simple autorización (ya sea específicamente reglamentaria, ya sea sólo para imponer limitaciones a los particulares, lo cual permitirá Reglamentos basados en el artículo 97 CE), carece de sentido que la norma administrativa haya de limitarse al complemento indispensable.

afirmar que, a partir de la aprobación de la Ley, el Reglamento dictado en virtud de habilitaciones normativas generales, como la del artículo 97 CE, quede circunscrito al desarrollo de aquélla y, menos aún, al complemento indispensable.

Lo que sí es cierto es que en la medida en que el Reglamento constituya un desarrollo de la Ley, precisando sus supuestos de aplicación administrativa, reduciendo márgenes de discrecionalidad o conceptos jurídicos indeterminados, estableciendo los órganos necesarios, etc., no es libre, ni puede interferir a su arbitrio la aplicación de la Ley (245). Pero el Reglamento puede realizar todavía una regulación de esa misma materia administrativa que no afecte a la aplicación de la Ley ni se base en sus previsiones (246).

(245) En parte, cuando la doctrina afirma estos límites respecto de los Reglamentos no lo hace en general, sino con referencia exclusiva a los de ejecución, sin que ello suponga que no existan otros tipos de los que no son predicables tales caracteres. Véanse, por ejemplo, S. ROMANO, *Curso...* págs. 53 y ss.; R. ALESSI, *Instituciones...*, I, págs. 33-34.

(246) Debe tenerse en cuenta que no pueden aplicarse a nuestro Derecho construcciones procedentes de otros en los que la potestad reglamentaria se deduce de cláusulas constitucionales que la circunscriben necesariamente a la ejecución de Leyes. Es el caso, antes de la Constitución de 1958, de los Reglamentos ejecutivos espontáneos en Francia. A estos efectos, la potestad reglamentaria sólo se justificaba en la medida en que fuera «para la ejecución de la Ley», pues ése era el contenido de la habilitación constitucional. Pero el artículo 97 CE no ofrece un soporte semejante. En realidad, incluso en Francia, como se admitían Reglamentos al margen de la Ley (en materia de policía y organización de servicios públicos), también el Reglamento que ejecutaba la Ley podía hacer algo más que esto, haciendo uso de sus poderes de policía y organizatorios. Así, H. HAURIOU decía que «el principio es que la autoridad administrativa no puede exceder sus poderes ordinarios» (*Précis élémentaires...*, pág. 205); «no puede exceder sus poderes propios tal como resulta de la policía... o de su competencia organizativa...» (*Précis de Droit Administratif...*, págs. 65-66). Con modificaciones en cuanto a la descripción de esos poderes propios, eso es todo lo que hay que decir sobre las posibilidades del Reglamento en estos casos. Ciertas doctrinas restrictivas a este respecto estaban perfectamente justificadas cuando la atribución genérica de potestad reglamentaria se refería a la ejecución de las Leyes y los Reglamentos se basaban exclusivamente en ella. Pero, por eso mismo, está perfectamente justificado abandonarlas, salvo prueba en contrario, cuando la autorización general de potestad reglamentaria no se presenta en aquellos términos. Y si, además de ello, la Ley habilita expresamente a su desarrollo o ejecución reglamentaria, quizá esté autorizando al Reglamento a hacer lo que sin tal habilitación no podría: eso dependerá de los casos; quizá esté expresando el mandato implícito de que contenga «todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley...» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 273); pero lo que no está haciendo, salvo que otra cosa se desprenda de su concreta redacción, es negar el poder reglamentario anterior y permitiendo incluir «sólo lo indispensable». La idea no sólo es, así formulada, de excesiva vaguedad y no haría más que plantear problemas; no sólo nos parece injustificada. Además, no reporta ventaja alguna: habría que analizar, por ejemplo, si los órganos establecidos reglamentariamente con competencias en esa materia, o los trámites procedimentales previstos de la misma forma, son indispensables o no y, suponiendo que no lo sean, aunque resulten muy convenientes y oportunos, ¿habrá que considerarlos ilegales? La respuesta ha de ser negativa, y lo mismo cuando la Ley no contiene habilitación expresa y el Reglamento sobre la misma materia se basa en el artículo 97 CE. La doctrina del complemento indispensable sólo tiene sentido en el ámbito del principio de legalidad, y es ahí donde debe ser insertada, como haremos inmediatamente.

También es cierto que el Reglamento ha de respetar íntegramente la regulación legal y que esto supone mucho más que la prohibición de modificarla o contradecirla formalmente (247). Puede llegar a ser especialmente amplia cuando la Ley se presente como una ordenación general de un sector (248). Además, al igual que hemos admitido que puede deducirse de la Ley la prohibición de Reglamentos, cabrá que en otros supuestos quede patente la reducción necesaria del Reglamento al complemento indispensable. En todos estos casos, el Reglamento que supere estos límites estaría, en realidad, infringiendo la Ley. Pero, pese a ello, no es consustancial a la aprobación de una Ley la producción de esos efectos ni, desde el momento en que exista, el Reglamento queda constreñido a su desarrollo ni a su complemento indispensable. Nada justifica con carácter general tal conclusión.

A lo sumo, cabrá decir que cuando se trata de introducir reglamentariamente limitaciones a la libertad, el Reglamento sólo será admisible en la medida en que pueda ampararse en las previsiones legales que ejecuta o desarrolla. En este punto sí cabe invocar la doctrina del complemento indispensable y es justamente aquí, en el terreno de los Reglamentos ejecutivos espontáneos incidendo sobre la libertad del ciudadano, donde la sitúan los autores

(247) En este punto, la doctrina francesa ha hecho esfuerzos por sistematizar los supuestos en que había ya una contradicción entre el Reglamento y la Ley. Vid., entre otros, R. BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, pág. 301; L. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, tomo IV, págs. 700 y ss. En este sentido, es también muy acertada la precisión de GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, pág. 228, nota 31, de que el Reglamento no puede añadir a la Ley preceptos nuevos de carácter esencial.

(248) En realidad, es a esta prohibición de infringir la Ley a lo que pueden reconducirse los límites que señala J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, págs. 796, 797 y 800. Aunque afirma que la Ley adquiere una «posición de centralidad», que contiene un «programa de ordenación normativa» que se «enseñorea de la materia» y que, consecuentemente, el Reglamento no puede actuar en ella «en absoluto de modo libre», sino con unas posibilidades determinadas «por el proyecto general de normación que la propia ley establece», admite que también puede ocurrir lo contrario: «Por descontado, todo lo anteriormente dicho vale para el supuesto de una ley que pretende una regulación global de la materia.» Pero, entonces, el Reglamento que no es su desarrollo es que es ya su infracción. Está claro, por ejemplo, que un Reglamento que estableciera un nivel de funcionario o un tipo de profesor universitario no previsto en las Leyes de la función pública o de Universidad no sería admisible, pero no porque no desarrolle a la Ley, sino porque la infringe, ya que la Ley pretendía establecer definitivamente los niveles de funcionarios o las clases de profesores universitarios. Finalmente, añade: «Si se trata de una ley que únicamente persigue la normación de un punto concreto, con exclusión de todos los demás, es obvio que en ellos la potestad reglamentaria continuará actuando de modo auténticamente independiente.» Pero si esto es así hay que concluir que la supuesta limitación de la potestad reglamentaria que predicaba con carácter general ante la aprobación de la Ley no es un efecto necesario, sino dependiente del contenido de la voluntad de la Ley que habrá de interpretar para saber qué es lo que la vulnera.

franceses: «Antes de 1958, el principio admitido era que cuando el Reglamento no se limitaba a poner en obra las reglas e instituciones creadas por la ley precisando los detalles de aplicación, sino que *instituye procedimientos de sujeción de obligaciones a los individuos*, no es legal nada más que si estas innovaciones aparecen como *indispensables para la realización de las disposiciones de ley*» (249). Esto es una consecuencia del principio de legalidad con la única singularidad de que la autorización para limitar la libertad se deduciría implícitamente de su carácter imprescindible para la ejecución de la Ley. Fuera del ámbito en que rige la vinculación positiva a la Ley no hay justificación bastante para proclamar tal límite e, incluso dentro de ella, tampoco puede generalizarse su aplicación a cualquier autorización legal para limitar la libertad, a toda atribución de potestades de este tipo.

(249) A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, op. cit., I, pág. 317. También reducida es la aplicación de esta doctrina en G. VEDEL y P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, op. cit., págs. 289 a 292, de manera que el Reglamento puede atentar contra una libertad, aunque no esté expresamente previsto en la Ley, si lo exige la ejecución de la Ley, e incluso en materias reservadas. J. C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir...*, págs. 204 y 205, deja patente que el origen, la evolución y el significado de la idea de «disposition» o «mesure indispensable» se circunscribe a las que afectan a las «libertades individuales, al derecho de propiedad y a todas las materias que la tradición reserva a la Ley».

Nuestra jurisprudencia responde a la misma línea y prohíbe al Reglamento imponer un «cumplimiento más oneroso» del previsto en la Ley o la «reducción del derecho que la Ley otorga a límites más estrechos», «agravar cargas u obligaciones contenidas en la Ley», contener mandatos nuevos... (véase la jurisprudencia citada en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 273). Además, está prohibido, en principio, «cualquier ampliación del supuesto de hecho normativo o de la consecuencia» previstos en la Ley, porque ello, normalmente, implica «alteración de su ratio y, por lo mismo, conculcación de la norma superior» (Dictamen del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1982, Ref. 183). En ese contexto, la doctrina del complemento indispensable es una matización que permitirá al Reglamento introducir nuevas limitaciones o nuevos deberes no previstos legalmente, o cierta ampliación del presupuesto o la consecuencia legal, si es indispensable para la ejecución de la Ley. Está circunscrita al campo en que el principio de legalidad o la primacía de la Ley (a lo sumo, en el de las reservas constitucionales de Ley) impedirían, aplicados inflexiblemente, introducir determinada medida por un Reglamento. (La STC 27-III-1985, R. Ar. 1668, refiere la idea de «aspectos estrictamente indispensables para la efectividad de las prescripciones legales» a los supuestos en que «por vía reglamentaria se agraven las cargas u obligaciones impuestas por la Ley o se limiten los derechos, facultades y posibilidades de actuación contenidas en la norma legal...») Y en tal campo tiene más un significado habilitante que limitador de la potestad reglamentaria: supone, sobre todo, que el Reglamento podrá introducir nuevos deberes o limitaciones no previstos en la Ley si son indispensables para la ejecución de la Ley (deber de comunicar el cambio de domicilio de aquellos a los que la Ley ya imponía otros deberes de control administrativo, deberes de colaboración con los inspectores que vigilan el cumplimiento de deberes ya impuestos por la Ley, etc.), pero sólo en ese caso. Finalmente, no es más que una manifestación de un apoderamiento implícito de potestades por la Ley o una autorización implícita a la Administración para que se las autoatribuya reglamentariamente, pues no cabe pensar que la Ley haya querido negar a la Administración lo que es indispensable para su ejecución.

f) Fuera de los casos expuestos, la potestad reglamentaria sólo puede ejercerse por una expresa previsión de Ley que contenga propiamente una habilitación normativa. Igualmente, ésta será necesaria para superar los límites que, en cuanto al posible contenido del Reglamento, se derivan de todo lo anterior. Aunque no es esencial a todos los supuestos en que los Reglamentos se basen en específicas habilitaciones normativas de Leyes, sí que es exclusiva de ellos la posibilidad de referirse a materias en las que la Administración no tenga ninguna otra incidencia de manera que la emanación del Reglamento se realiza en una función de colaboración con el legislativo querida expresamente por éste (250).

§ 48. Tiene interés señalar las similitudes y marcar las distancias de las conclusiones obtenidas respecto a aquellas doctrinas que exigen habilitación normativa conferida por Ley para los Reglamentos jurídicos, pero no para los «organizativos o administrativos», a los que prestaría base bastante la atribución general del artículo 97 CE. Y ello porque, efectivamente, hay cierta proximidad con ella, proximidad que no puede extrañar, ya que, en parte, los puntos de partida son comunes (251), aunque no creamos que todas las consecuencias que aquélla obtiene se deriven de esos presupuestos (252).

Frente a ello debe aclararse que la elemental exigencia de base legal para cuanto suponga límites a la libertad y propiedad del ciudadano no conduce al concepto de Reglamento normativo o jurídico por las mismas razones que tampoco conducía a esto, según ya demostramos, la clásica doctrina de la reserva de Ley de intervención. El campo del Reglamento normativo es mucho más amplio, pues no se reduce a los que tienen un significado restricti-

(250) Nótese que cuando el TC ha subrayado el papel del Reglamento como colaborador de la Ley en la ordenación de la sociedad (destacadamente, fund. 3.º de S. 18/1982, de 4 de mayo) ha sido precisamente en casos en los que se disocia ejecución administrativa ordinaria y potestad reglamentaria. Ello, como sabemos, no sólo ocurre por la distribución territorial de competencias, sino también en los supuestos de habilitación al Reglamento para regular materias no administrativas. Sin negar ese carácter de colaboración con la Ley, sólo en esos casos aparece como su rasgo fundamental y, de hecho, no tendrá que ser una colaboración deliberadamente querida por la Ley fuera de esos supuestos.

(251) Recuérdese que la reserva de Ley alemana, aunque recibida a través de la doctrina de la ley material, influía en la exigencia de habilitación para todo Reglamento normativo —vid. *supra*, §§ 17 y ss. y 42.g)— y que tal reserva es muy semejante en ámbito y efectos al principio de legalidad como vinculación positiva que constituye el soporte de nuestro razonamiento.

(252) Vid. *supra*, §§ 26 y 27.

vo o limitativo, únicos a los que el principio de legalidad impone la necesidad de autorización legal. Pero, sobre todo, debe subrayarse que esa base legal exigida no tiene que ser necesariamente una habilitación normativa como sí impone, negando injustificadamente efectos al artículo 97 CE, la doctrina a la que nos referimos.

De otra parte, admitir que esa misma atribución general de potestad reglamentaria permite al Gobierno regular las materias administrativas no conduce de ninguna forma a entender que el Reglamento organizativo sea siempre y el único que puede aprobarse sin habilitación normativa. A lo sumo, podría decirse que la organización de la Administración es una materia administrativa. Pero la Constitución y la Ley juegan también un papel determinante del ámbito de actuación de la Administración en el sentido ya explicado.

§ 49. Hay una consecuencia implícita en todo lo que precede que debe ser puesta de manifiesto. Si ni el principio de juridicidad ni el de legalidad nos hacen exigir que las Leyes contengan habilitaciones normativas es sólo porque autorización semejante se contiene con carácter general en el artículo 97 CE. Pero, refiriéndose ésta sólo al Gobierno, únicamente a él beneficia y nada semejante puede, en principio, predicarse de los restantes órganos de cualquier Administración (253) que requerirán, por tanto, ellos sí, una habilitación normativa. Con respecto a ellos, en principio, la determinación de su ámbito de desarrollo, de sus funciones

(253) Se dice frecuentemente que ya la hay también en favor de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales de carácter territorial, pero ello sólo es exacto en cierto sentido. Es verdad que la autonomía que se consagra constitucionalmente implica cierto poder normativo y que, además, se alude en la Constitución al control de la potestad reglamentaria autonómica —art. 153.c)—. Pero, por una parte, es difícil admitir que se atribuyera ya tal potestad a unas Administraciones inexistentes y que la Constitución no imponía (principio dispositivo). Por otra, hubiera resultado constitucionalmente lícito que una Comunidad Autónoma hubiera concentrado todo su poder normativo en sus Asambleas y negara la potestad reglamentaria. Si ello es cierto, más aún lo será que sus Estatutos (o sus Leyes) podían haber optado por atribuir la sólo «para la ejecución de las Leyes» o para materias concretas o para la organización administrativa..., y sin saber esto no se sabe absolutamente nada sobre su potestad reglamentaria, que podía venir también reducida a los casos de habilitación legislativa específica, es decir, sin que existiera una atribución reglamentaria general. De las corporaciones locales podrá decirse que tienen garantizada en la Constitución una potestad reglamentaria como consecuencia de la autonomía, pero ello no quiere decir que tengan directamente atribuida una potestad reglamentaria general, sino que sería inconstitucional una Ley o un sistema de Leyes que la negaran por completo o la dejaran muy reducida.

materiales, la cláusula en su favor de ejecución de una Ley, etc., no autorizan a dictar Reglamentos ni tan siquiera para regular su propia actuación o la organización necesaria para el desarrollo de las funciones encomendadas, salvo que se trate exclusivamente de normas internas que no se integren en el ordenamiento general, lo cual no puede identificarse con los Reglamentos de organización (254). Y ello porque, como es sabido, «no hay manera de convertir un poder aplicativo de las normas en un poder creador de las mismas» (255), fenómeno que sólo se produce para el Gobierno por la paralela atribución general de potestad reglamentaria. Ahora bien, si esos otros órganos cuentan con habilitaciones normativas que presenten los mismos caracteres de generalidad que el artículo 97 CE, nada impide, en principio, que se produzcan iguales consecuencias que las apuntadas respecto al Gobierno, aunque no tengan una directa base constitucional (256).

LAS RESERVAS DE LEY COMO LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA

§ 50. Los derivados de los principios de juridicidad y legalidad no expresan todos los límites de la potestad reglamentaria, sino sólo los que, siendo generales a la Administración, afectan también a aquélla. Pero, como anunciábamos, existen límites específicos de la potestad reglamentaria (257) cuyo estudio nos ocupará ahora. Pueden derivar de concretas precisiones de la Constitución consistentes en las llamadas generalmente reservas materiales de Ley y que, por las causas que se verán, preferimos denominar simplemente reservas constitucionales de Ley (aparta-

(254) Vid. *supra*, § 15.

(255) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, I, pág. 187. Como decía O. MAYER, «el hecho de que una autoridad haya sido facultada especialmente para ordenar, para el caso individual, lo que deba hacerse... no implica la delegación del poder de formular ordenanzas, porque este poder representa una fuerza especial...». *Derecho...*, op. cit., II, pág. 41. Ver nota 237.

(256) Es claro que la potestad reglamentaria puede tener una base legal y que la Ley puede contener incluso una autorización general de potestad reglamentaria. Así, J. M. BOGUERA OLIVER, *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los Reglamentos*, «REDA», núms. 40-41, 1984, pág. 14.

De hecho, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas cuentan con ella en virtud de sus Estatutos o de sus Leyes de Gobierno. El artículo 4 LRBRLL contiene también una atribución general. Pero no cabe extrapolar cuanto aquí se ha dicho de la potestad reglamentaria del Gobierno y aplicarlo, sin más, a otros supuestos. Sería necesario analizar el Derecho positivo en cada caso.

(257) Vid. *supra*, § 35.

do I); pueden tener también su fundamento en una Ley que, siendo por definición jerárquicamente superior al Reglamento, se impone a éste (apartado II).

I. *Reserva constitucional de Ley y potestad reglamentaria*

§ 51. Cuando la Constitución establece que determinada regulación sólo puede hacerse por Ley estamos ante una reserva constitucional de Ley. A este concepto tan simple, que formulado o no explícitamente es al que responde el empleo de esta expresión en España, nos atendremos estrictamente. Sólo así es posible diferenciarlo nítidamente del principio de legalidad, tarea en la que hay que superar graves obstáculos derivados de la confusión existente y que, a su vez, proviene de que el significado clásico de la reserva de Ley coincidía con una de las vertientes del principio de legalidad reconducible a la idea de vinculación positiva a la Ley. Sin descalificar otras terminologías que tienen, por tanto, una justificación histórica y dogmática innegables hay que partir de que, entre nosotros, ha tomado un significado distinto al originario y con el que ya no es ni causa ni consecuencia del principio de legalidad. Por lo pronto, sus efectos sobre la Administración sólo afectan a la potestad reglamentaria y no a sus otras manifestaciones, como sí ocurre con el principio de legalidad administrativa (§ 52). Incluso centrados exclusivamente en las consecuencias de ambos principios sobre los Reglamentos, los afectados por las reservas constitucionales no coinciden con aquellos a los que ya el principio de legalidad impondría fundamento legal (§ 53). Pero, en todo caso, además, los efectos sobre la potestad reglamentaria de la existencia de una reserva constitucional de Ley y del principio de legalidad son distintos (§§ 54 y ss.)

§ 52. El principio de legalidad, como explicábamos, coloca a la Administración en un lugar determinado en el conjunto de las funciones estatales y, particularmente, respecto a la Ley. Por el contrario, la reserva constitucional de Ley, tal y como es entendida en nuestro Derecho, entraña únicamente, al menos de manera directa, una *regla sobre fuentes del Derecho* (258) que, consistente

(258) De una u otra forma, y no sólo tras la Constitución, nuestra doctrina la contempla así. Cfr., por ejemplo, J. Á. GARCÍA-TREVUJANO FOS, *Tratado de Derecho Administra-*

en atribuir en exclusiva determinadas competencias *normativas* al Poder legislativo, en establecer que determinadas *regulaciones* sólo pueden hacerse por Ley, impide a la Administración el ejercicio de su potestad reglamentaria, pero sin afectar, en principio, a sus otras posibles manifestaciones. No tienen el significado de excluir la actuación administrativa o condicionarla a la existencia de una habilitación legal y, aunque ello pueda ocurrir frecuentemente, se trata de un resultado eventual e indirecto.

El que las reservas constitucionales de Ley no tienen por función esencial limitar en general la actuación administrativa, sino sólo la reglamentaria, se comprueba por dos vías. La primera, que algunas de ellas se refieren a materias como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o las penas en que la actuación administrativa está ya excluida por otras reglas y sólo tiene sentido la exclusión de la potestad reglamentaria, que es lo único que aportan las reservas. La segunda, que hay materias reservadas esencialmente administrativas en las que carece de cualquier lógica decir que la Administración no puede actuar salvo habilitación legal. Piénsese en la reserva respecto a la audiencia de los ciudadanos o sus organizaciones en la elaboración de disposiciones administrativas (art. 105 CE), el dominio público (art. 132 CE) o el Concejo Abierto (art. 140 CE). Se comprende claramente que lo que estos preceptos pretenden excluir es una regulación regla-

tivo, 2.ª ed., Madrid, 1968, tomo I, págs. 241 y 242, quien, además, la distingue muy precisamente del principio de legalidad. L. MARTÍN-RETORTILLO, *La doctrina de las materias reservadas...*, op. cit., pág. 288, dice, siguiendo a GIANNINI, que la reserva de Ley es «una norma *sulla normazione*, esto es, ... una determinación de la "competencia" normativa vinculando la regulación de determinadas materias a un solo tipo de normas, la Ley». Toda su exposición está impregnada de esta misma idea, afirmando expresamente que supone un «reparto de competencias normativas» (pág. 289) y que «no surte efecto tanto como atribución positiva de potestades al Poder legislativo, sino sobre todo en su aspecto negativo de la prohibición que se impone a la potestad reglamentaria» (pág. 290).

Con posterioridad a la Constitución siempre aparece esta idea. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 775, dice que «la reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas...». E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 240, entienden que se trata de «un principio según el cual sólo la Ley puede adoptar determinadas regulaciones». Para G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, págs. 475 y 476, la reserva de Ley es la proyección del principio de legalidad en el ámbito normativo. Vid., también, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 118; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y...*, págs. 305 y 310; J. BERMEJO VERA, «El principio de reserva legal en las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, op. cit., vol. I, pág. 369; J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley...*, págs. 474 y 476: es muy explícito en señalar que la reserva de Ley sólo afecta al Reglamento, no a otras actuaciones de la Administración, es decir, que sólo afecta a normas.

No hará falta insistir en que la reserva legal de intervención clásica de la doctrina alemana no limitaba sus efectos a la potestad normativa de la Administración.

mentaria, no, en general, la actuación administrativa salvo habilitación legal.

Lo que afirmamos se desprende, además, de las mismas fórmulas constitucionales que consagran las diversas reservas. No se expresan diciendo que esto o aquello sólo se puede hacer en base o con arreglo a la Ley —y cuando con ello nos encontramos no es claro que se trate de una auténtica reserva de Ley y no de la simple proclamación del principio de legalidad como vinculación positiva (259)—, sino estableciendo que «sólo por Ley podrá regularse...» (art. 53.1), «mediante ley podrán regularse...» (art. 30.4), la «ley regulará...» (arts. 17.4, 20, 35.2, 36, 51.3, 52, 98.4, 103.3, 132, etcétera) (260), o expresiones reconducibles a éstas en que lo esencial es la referencia a una *regulación* que ha de contenerse en una Ley (261).

Ahora bien, será un resultado muy frecuente de las reservas constitucionales de Ley el que las actuaciones administrativas respecto de su ámbito, incluso las no reglamentarias, requieran una base legal, lo que derivará de la conjunción del principio de juri-

(259) Quizá ciertas aplicaciones de la distinción, aunque tímidas, puedan verse en la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 6/1983, de 4 de febrero, entiende que el artículo 31.3 CE (que utiliza la expresión «con arreglo a la ley») no establece propiamente la reserva tributaria que estaría en el artículo 133.1 CE (fund. 4.º). Sin embargo, esto ha quedado desmentido en sentencias posteriores en las que se ve en el artículo 31.3 CE una reserva relativa de Ley (p. ej., STC 19/1987, de 17 de febrero). Sobre la posibilidad de que en algunas de las llamadas reservas relativas no haya nada más que consagración del principio de legalidad en el sentido de vinculación positiva a la Ley, vid. *infra*, § 58.

(260) De todas formas, el significado de la expresión «la ley regulará» es discutido. En contra de considerarlo una reserva, M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y potestad...*, pág. 306. Una posición más matizada, en F. SAINZ MORENO, *El acceso de los ciudadanos a los registros administrativos*, «REDA», núm 24, pág. 121: el alcance de la expresión «... depende de aquello que ha de regularse y de sus presupuestos sistemáticos».

(261) Quizá esto, además, pudiera explicar la aparente repetición de la reserva en algunos artículos que consagran derechos fundamentales y en el 53.1 de la Constitución. Unos consagrarían el principio de legalidad y éste la reserva de Ley. Abundaría en la misma idea que una cosa es establecer limitaciones a derechos o autorizaciones para hacerlo y otra regular su ejercicio (art. 53.1) o establecer su desarrollo (art. 81.1 CE). En este sentido, O. MAYER decía: «consideremos esta regla de la Constitución: se garantiza la libertad personal. Esto quiere decir que es necesaria una ley que autorice el arresto... Esta ley, en verdad, no nos parece que merezca designarse como "realización" de los derechos fundamentales y como "ley de ejecución" de estos derechos». *Derecho Administrativo alemán*, tomo I, pág. 99, nota 13. La cuestión ha adquirido consecuencias prácticas en nuestro Derecho; vid. F. SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, págs. 95 a 101, y sentencias del TC 25/1984, de 23 de febrero; 140/1986, de 11 de noviembre, y 160/1986, de 16 de diciembre. No procede aquí desarrollar las consecuencias que la distinción propuesta supondría en cuanto a la delimitación de la reserva de Ley orgánica que en estas sentencias se planteó.

dicidad del Estado de Derecho y de la imposible existencia de una fuente distinta de la Ley.

Aun así, todo lo dicho obliga a extremar la prudencia a la hora de sacar consecuencias de la reserva de Ley, pues los poderes de la Administración pudieran encontrar fundamentos distintos. Por poner un ejemplo destacado, la reserva de ley del artículo 103.3 CE no tiene que suponer necesariamente que desaparezcan los tradicionales poderes de la Administración respecto a los funcionarios que caracterizan prototípicas relaciones de sujeción especial y que todos ellos necesiten un fundamento legal. Por el contrario, puede haber una reserva de Ley que no se traduzca en una paralela recepción del principio de legalidad. Sería un supuesto en que no se produce ese resultado frecuente, pero no esencial, de la reserva de Ley al que nos referíamos.

§ 53. Por lo que respecta al ámbito de la reserva constitucional de Ley, no hay forma de hacerlo coincidir, aunque se haya intentado según vimos, con el de las limitaciones a la libertad y propiedad para las que rige, como tenemos demostrado, el principio de legalidad. Por tanto, incluso centrándonos en las consecuencias de éste sobre la potestad reglamentaria, los Reglamentos para los que el principio de legalidad exige fundamento legal son distintos de aquéllos que se ven afectados por las reservas de Ley que establece nuestra Constitución.

La reserva de Ley a la que nos venimos refiriendo tiene su fundamento jurídico único en el Derecho Constitucional, de manera que para determinar su ámbito no existe otra vía que deducirlo de las previsiones constitucionales que establecen que determinada regulación sólo puede hacerse por Ley (262), sea ordinaria u orgánica (263). No será necesaria aquí la enumeración de todos los

(262) Con ello no afirmamos que las reservas tengan que venir expresamente formuladas y ni tan siquiera que haya que adoptar un criterio restrictivo. Pero, aun con todo, tienen que encontrar su base en la Constitución, aunque sea, por ejemplo, mediante interpretaciones analógicas como la que se ha propuesto para el régimen de las provincias. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 247. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria...*, págs. 291 y 292, dice: «... la reserva de ley... debe ser afirmada expresamente en la Constitución...»; «... necesidad de que la reserva de ley se establezca por la fuente primigenia del sistema, es decir, por la Constitución...».

(263) Es indiferente que la Constitución reserve la regulación a una u otra Ley, pues las consecuencias para el Reglamento son iguales, como ha reconocido el TC en el fundamento 14 de la sentencia 77/1985, de 27 de junio: «En cuanto al reproche de inconstitucionalidad basado en la imposibilidad de regular por Reglamento materias sobre las

preceptos de la Constitución con ese significado para concluir que ni cubren todo lo relativo a las restricciones de la libertad genérica del individuo, ni se limitan a sólo eso. Ya tuvimos ocasión de subrayar que la libertad del ciudadano es mucho más amplia que sus manifestaciones constitucionales e integradas en la reserva de Ley del artículo 53.1 CE, y es aquélla la que delimita el ámbito mínimo de la vinculación positiva que el principio de legalidad entraña (264). Por otra parte, la Constitución también reserva a la Ley regulaciones que nada tienen que ver con la libertad o propiedad, según puso inmediatamente de relieve la doctrina (265) y, aun cuando sí se refiera a esos derechos, como ocurre con el repetido artículo 53.1 CE, es posible que incluya también a las regulaciones favorables (266), mientras que el principio de legalidad como vinculación positiva sólo afectaría a los actos y Reglamentos limitativos.

Expresándolo gráficamente, el ámbito en el que la reserva constitucional de Ley impide el ejercicio de la potestad reglamentaria y aquél en que lo hace el principio de legalidad forman dos círculos secantes. Pero tal forma de hablar es equívoca porque, además, sus consecuencias respectivas sobre la potestad reglamentaria son distintas.

§ 54. El principio de legalidad impone a los Reglamentos la condición de una autorización legal, no necesariamente una habilitación normativa, para limitar la libertad del ciudadano (267). La

cuales versa la reserva de Ley orgánica... no es aceptable la argumentación... porque las peculiaridades de la Ley orgánica... en modo alguno justifican el que respecto de este tipo de fuente se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, relaciones que pueden darse en todos aquellos casos en que la CE reserva a la Ley —a la Ley orgánica también— la regulación de una materia determinada. La posibilidad constitucional de una tal relación... no queda excluida en el caso de la reserva de ley orgánica...» Esta doctrina es reiterada en STC 108/1986, de 29 de julio (fund. 26). Algunos autores se habían pronunciado en contra de esta solución: vid. M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones...*, op. cit., pág. 132; L. ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 8, pág. 32; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 127.

(264) Vid. *supra*, § 41, en especial nota 164.

(265) Así, entre otros, J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley...*, pág. 477: «... la reserva es muy amplia y... desborda los límites tradicionales que incluían en este ámbito todo lo que afectara a la propiedad y libertad. Hoy los aspectos organizativos... se incluirán también en el ámbito reservado».

(266) En este sentido, destacadamente, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, op. cit., págs. 519 y ss.

Nótese que la STC de 16 de marzo de 1981 (fund. 4.º) dice: «Pero esta reserva de Ley sólo incluye las limitaciones o restricciones de la libertad...»

(267) Vid. *supra*, § 47.

contraposición con la reserva constitucional de Ley quedaría clara si pudiéramos afirmar que ésta supone pura y simplemente la prohibición de Reglamentos en las materias a las que afecta. Pero aunque la lectura de la Constitución pudiera corroborar esa idea (sobre todo cuando utiliza la fórmula «sólo por ley podrá regularse...»), la interpretación extendida y hoy consagrada por el Tribunal Constitucional aproxima, en parte, las consecuencias del principio de legalidad y de la reserva de Ley sobre los Reglamentos. Como desarrollaremos inmediatamente, tal interpretación de la reserva lleva al siguiente régimen de los Reglamentos: admisión de los que se producen en las materias reservadas (§ 55) siempre que exista en una Ley previa una habilitación normativa específica (§ 56) y una regulación material que el Reglamento desarrolle dentro de estrictos límites (§ 57). Basta lo anterior para reformular más exactamente las diferencias que buscábamos: el principio de legalidad es la expresión de la exclusividad del Poder Legislativo para limitar la libertad y la propiedad, no para establecer normas jurídicas; por el contrario, las reservas constitucionales de Ley tienen precisamente el significado de establecer —restablecer, si se prefiere, tras la existencia de un general reconocimiento de potestad reglamentaria como el del artículo 97 CE— el monopolio normativo de la Ley (o más exactamente del poder legislativo) para las materias afectadas. Significa que la creación del Derecho está vinculada a la forma de Ley (o sus subrogados).

Ahora bien, como la misma Ley puede permitir Reglamentos, lo que la reserva de Ley significa finalmente es la *exclusión del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida mediante autorizaciones generales* como la del artículo 97 CE. Por tanto, en materias constitucionalmente reservadas, el Gobierno no tiene otro poder reglamentario que el que le confiera una Ley mediante una habilitación normativa específica.

Así, en tales ámbitos, la existencia de una Ley que contenga una cláusula de ejecución administrativa, un título de intervención o, de cualquier forma, administrativice cierto sector, no sería suficiente para que pudiera dictarse un Reglamento. Como expusimos, esto sí sería factible incluso en algunos de los ámbitos en que rige la vinculación positiva a la Ley (268). La diferente solución deriva de que el principio de legalidad no impide la efectividad de la habilitación del artículo 97 CE y la reserva de Ley sí.

(268) Vid. *supra*, especialmente § 47.b).

Un ejemplo permite poner de relieve las diferencias y el significado más radical de la reserva de Ley. Una Ley que confiriese potestades discrecionales a la Administración para imponer deberes a los particulares sin entrar en la reserva de Ley (v. gr., obligatoriedad de vacunación de animales o de inspecciones técnicas de vehículos) no necesitaría prever Reglamentos para que el Gobierno pudiera dictarlos reduciendo su discrecionalidad o, más ampliamente, regulando esta actividad administrativa limitativa. El artículo 97 CE, unido a las autorizaciones conferidas en esa hipotética Ley para limitar la libertad genérica, prestaría fundamento bastante. Pero si la Ley se refiriese a materia reservada, aunque confiriera a la Administración su aplicación y potestades discrecionales, ningún Reglamento sería posible ni tan siquiera para regular esa actividad administrativa limitando la discrecionalidad, salvo que la Ley contuviera una habilitación normativa al respecto. El artículo 97 CE no prestaría base suficiente. Lo mismo podríamos decir si se tratara, más modestamente aún, de concretar los conceptos jurídicos indeterminados que la misma Administración tendrá que interpretar para la aplicación de la norma. Así, no sería posible un Reglamento precisando cuándo existirán las «razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público» que el artículo 10 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión exige para prohibir manifestaciones, pese a que ello corresponde determinarlo en cada caso a la «autoridad gubernativa». Cuando reduce márgenes de discrecionalidad o precisa conceptos legales, el Reglamento está estableciendo Derecho (269)

(269) No será necesario demostrarlo cumplidamente. Si la discrecionalidad «es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos», como explican E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 434, el Reglamento que redujese con carácter general el margen de discrecionalidad estaría distinguiendo entre indiferentes jurídicos y haciendo ilícito parte de lo que era lícito. Parecida conclusión habría que adoptar respecto del Reglamento que precisase los conceptos de la Ley. Sobre el valor normador de las disposiciones aclaratorias en general, vid. J. L. VILLAR PALASÍ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., tomo I, págs. 460 y ss., así como *El mito y la realidad de las disposiciones aclaratorias*, Madrid, 1965.

Cuestión distinta y fundamental es si esa misma posibilidad que negamos a los Reglamentos podría ser desarrollada por Circulares. Instrucciones de servicio o, en general, normas no jurídicas o, más exactamente, que sólo despliegan sus efectos en el seno de la organización interna. En Alemania se admiten si la Ley ha cubierto efectivamente de reserva, y hasta acaban teniendo cierto valor ante el Juez. Vid. C. STARCK, *El concepto de Ley...*, págs. 433 y ss. La solución está justificada y, al menos en lo que se refiere a su aceptación, no a su valor ante el Juez, es inevitable. G. ZANOBINI, que negaba, como sabemos, que la existencia de discrecionalidad justificase la potestad reglamentaria, admitía, sin embargo, que sí era «el fundamento de una potestad normativa interna»

sin ningún poder para hacerlo, salvo que la Ley se lo confiera para esa labor determinada, puesto que la invocación del artículo 97 CE está excluida por la misma Constitución al proclamar la reserva (270).

§ 55. En todo lo anterior está implícito que, incluso en las materias reservadas a la Ley, el Reglamento es posible. Esta afirmación debe ser demostrada porque, de hecho, ha sido negada por algún autor. Además, el fenómeno mismo debe ser explicado, pues parece contrario a algunos de los preceptos de la Constitución que consagran las reservas.

a) Para ajustar la práctica, admitida por el TC, de que la Ley producida en materias reservadas puede, no obstante, hacer remi-

mediante la cual «la institución con sus normas no hace más que limitar y disciplinar» su discrecionalidad. «Dichas normas —decía— pueden constituir un imperativo de la autoridad dirigido a sí misma y a órganos dependientes, pero no una norma obligatoria para todos.»

En idéntico sentido, S. ROMANO, *Corso...*, pág. 51: «... no se puede asumir como base de todos los Reglamentos otro principio... según el cual la autoridad que tenga una potestad discrecional puede ordinariamente autolimitarla, disciplinarla con normas propias. Tal principio es exacto en el sentido de que donde hay esta potestad discrecional hay también —salvo excepciones— potestad reglamentaria, al menos, una cierta potestad reglamentaria...». Posteriormente (pág. 52) explica que se refiere sólo a los Reglamentos de eficacia interna. Vid., también, A. MERKL, *Teoría general...*, págs. 196-197.

Nada de esto quedaría obstaculizado por las reservas constitucionales que excluyen a la potestad reglamentaria, pero no a esta potestad normativa interna que deriva de una superioridad de la Administración sobre órganos y sujetos, superioridad a la que las reservas no afectan.

La STS de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954) podría entenderse en este sentido cuando dice que al Gobierno en materias reservadas «le está vedado... dictar aquellos Reglamentos llamados jurídicos o normativos, salvo que la propia Ley... haya hecho una especial llamada...». Si se entiende que habla de «Reglamentos jurídicos o normativos» en su sentido preciso y se interpreta literalmente, significaría que, incluso en materias reservadas, cabe dictar Reglamentos administrativos, es decir, los que, con independencia de la materia sobre la que versen, sólo despliegan efectos dentro de la organización. Pero sus afirmaciones posteriores defraudan esta expectativa y más parece desenvolverse en la línea de que todos los Reglamentos normativos están en la reserva y los administrativos (que identifica con los organizativos en el sentido de que regulan los órganos de la Administración) fuera de ella.

(270) Con ello nos oponemos a la doctrina que, según entendemos, late en el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de julio de 1982, núm. 44288, Recopilación de doctrina legal de 1982, Referencia 73, pág. 199, Dictamen que invoca «la potestad reglamentaria que directamente atribuye la propia Constitución (art. 97)» para justificar que el Gobierno desarrolle una Ley sancionadora mediante un «Reglamento, cuyo sentido puede ser, incluso, el de reducir márgenes de discrecionalidad o el de concretar, en aras de una mayor seguridad jurídica, algunos conceptos jurídicos indeterminados». En materias reservadas, como es la sancionadora, el artículo 97 CE no justifica, si no existe una habilitación normativa específica contenida en una Ley, ni tan siquiera un Reglamento con ese contenido. Mucho más afortunado es a este respecto el dictamen de 15 de octubre de 1982, núm. 44525, Recopilación de doctrina legal de 1982, Referencia 203.

siones al Reglamento y el significado inflexible que parece atribuirle la Constitución en algunos casos («sólo por Ley podrá regularse...»), se ha pretendido que tales remisiones sólo serían admisibles si lo que realmente encomiendan al Reglamento es una regulación conectada a la de la reserva pero no incluida en ella. Esta tesis ha sido defendida radicalmente por DE OTTO, para quien, como «el objeto de la reserva no es una materia, sino su tratamiento jurídico» y como el «hecho de que en una materia exista una reserva no significa que ésta afecte a todas las normas que incidan sobre ella» (271), los Reglamentos admisibles son los que, aun afectando a la materia, no entran en la reserva: «si la remisión al reglamento es lícita, sólo puede deberse a que el sector de la disciplina normativa que va a regularse reglamentariamente no está constitucionalmente sujeto a reserva» (272). De acuerdo con ello, niega que el legislador pueda permitir al Reglamento regular lo que, en verdad, es objeto de la reserva (273).

Esta tesis observa un hecho cierto y de gran interés: existen Reglamentos que, aunque dependientes de materias reservadas, no entran ellos mismos en la reserva, por lo que el requisito de concretar y pormenorizar una previa regulación legal se debilita o desaparece sin vulnerar la Constitución. Así se explica la existencia de ciertos Reglamentos que no parecen cumplir las exigencias de la reserva y en los que se ha creído ver una flexibilización de la misma (274).

(271) I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, op. cit., pág. 230.

(272) *Ibidem*, pág. 230.

(273) Así, posteriormente, al estudiar las remisiones normativas, dice en términos rotundos: «el hecho de que una materia se encuentre sujeta a la reserva de ley no implica en modo alguno que el reglamento sólo sea posible previa habilitación legal. La tesis que mantiene tal cosa parece partir del razonamiento de que allí donde hay reserva el reglamento sólo puede intervenir si se lo permite el legislador. Pero el punto de partida es falso y lo cierto es que cuando hay reserva el reglamento no puede intervenir en modo alguno o, lo que es lo mismo, si el reglamento puede intervenir en una materia sujeta a reserva es porque la regulación de que se trate no está comprendida en la reserva misma. El hecho de que una regulación esté sometida a reserva no significa que ahí sea necesaria la habilitación, sino que significa simplemente que el reglamento es ilícito constitucionalmente. Si el reglamento es posible es porque no afecta a la reserva...». *Ibidem*, pág. 239.

(274) Algunos ejemplos los ofrece la jurisprudencia constitucional. Es interesante la STC 6/1982, de 22 de febrero, en la que, analizando un RD sobre la Alta Inspección del Estado en materia de educación que desarrollaba una Ley orgánica que ya la establecía, se dice: «El RD no desarrolla el derecho fundamental de la enseñanza, sino que regula un organismo creado por Ley orgánica (LOECE) precisamente en desarrollo —ella sí— de ese derecho fundamental...» Es decir, la Ley, incluso en ese aspecto de la Alta Inspección, era orgánica (no se considera una «materia conexa») y «desarrollo de los derechos fundamentales» (art. 81.1 CE); el Reglamento es desarrollo de ese aspecto de la Ley y, sin embargo, su contenido no entraba ya en la reserva.

Pero es inexacta al considerar que no caben Reglamentos verdaderamente reguladores de un sector sujeto a reserva y que la Ley no puede, sin ser inconstitucional, remitirles tales aspectos sino sólo los próximos. En nuestro derecho se admite esa entrada del Reglamento.

b) Ciertamente, el TC se ha pronunciado en algunos casos con términos que bien pudieran ser interpretados en la línea de la tesis combatida. Particularmente cuando ha dicho que es posible que el Reglamento sea llamado por la Ley siempre que «la remisión al Reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno *el objeto mismo reservado*» (275). Con frecuencia las expresiones del TC, aunque admiten que las Leyes reguladoras de materias reservadas pueden hacer remisiones al Reglamento, no alcanzan la precisión suficiente para concluir que tales Reglamentos pueden entrar en la reserva (276), si bien ello pudiera deducirse del contexto porque, si no fuera así, no tendrían sentido las drásticas restricciones que el Tribunal impone a las Leyes que contengan semejantes habilitaciones. Pero, al menos en un caso, lo ha expresado en términos inequívocos: *«Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación de la Ley no es...*

Un ejemplo muy claro sobre el que el mismo DE OTTO se pronuncia es el que deriva del artículo 8 CE, que sólo reserva «las bases de la organización militar», por lo que los Reglamentos que las desarrollen o completen no están incluidos.

Un supuesto extremo y particularmente difícil en el que creemos de especial utilidad esta idea es el de las «normas penales en blanco» que atribuyan una pena a un hecho descrito como el incumplimiento de ciertas normas reglamentarias que prevé pero cuyo contenido no predetermina en absoluto. En otro lugar creemos haber demostrado que no se trata de una vulneración ni de una flexibilización de la reserva de Ley penal, a la que suele calificarse de absoluta, sino de una Ley penal que cubre íntegramente la reserva y que remite un aspecto ajeno a ella: el Reglamento que se dicte no será penal, sino que impondrá deberes o límites, cuyo incumplimiento tendrá consecuencias penales completamente al margen de lo establecido por la potestad reglamentaria. Vid. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, pág. 477.

En la STC 99/1987, de 11 de junio, se procede, ante la reserva del artículo 103.3 CE, conforme a esta idea, pues, antes que otra cosa, se delimita el ámbito de la reserva entendiéndose que no toda regulación que afecte a la función pública está reservada.

(275) Así, fundamento 14 de la sentencia 77/1985, de 27 de junio. En la misma línea, quizá pudiera invocarse la STC de 13 de febrero de 1981 cuando dice que la remisión debe referirse «sólo a cuestiones de detalle que *no afecten a la reserva...*» (fund. 15), lo que reitera la de 16 de noviembre de 1981 (fund. 4.º).

(276) Así, cuando simplemente se dice que la reserva «no excluye... la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias» (STC 83/1984, de 24 de julio, fund. 4.º), puede interpretarse que las remisiones se refieren a materias no reservadas; cuando el TC afirma que «la reserva relativa de ley... permite compartir la regulación de una materia entre la ley... y el reglamento...» (sentencia 60/1986, de 20 de mayo), cabe entender que ello es así porque no toda la materia está reservada.

imposible una intervención... del reglamento...» (fund. 3.ª STC 99/1987, de 11 de junio). No sólo por esta declaración, sino porque sólo así cobra sentido toda la jurisprudencia constitucional al respecto, puede concluirse con toda certeza que el Reglamento puede entrar en regulaciones reservadas a la Ley.

c) La conclusión parece una contradicción en sus propios términos y, más aún, con los de la Constitución al consagrar algunas de las reservas de Ley. No se supera diciendo que esos Reglamentos se basan en una habilitación legal porque lo que hay que explicar es cómo es posible tal habilitación al Reglamento en materias reservadas.

Una primera vía es mostrar que los preceptos constitucionales consagran reservas «relativas» de Ley o que, de su redacción, se deduce una flexibilización (277). Todo ello puede ser cierto, pero no alcanza a explicar el hecho en su conjunto. La verdad, y el TC no la ha ocultado, es que desde el primer momento se dejaron sentir necesidades prácticas que, primero el legislador y después el Tribunal Constitucional, consideraron sólo podían superarse admitiendo una limitada intervención del Reglamento que no perjudicara la función esencial de las reservas constitucionales. Por sintetizarlo en una sola sentencia, la de 27 de julio de 1985 afirma, ante una reserva de Ley orgánica, que la remisión al Reglamento «resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias» (278). Reconocer que el Reglamento se ha admitido en materias reservadas como una exigencia de necesidades prácticas es un dato que debe ser tenido en cuenta para situar en términos ponderados y adecuados su concreto régimen jurídico.

§ 56. En materias reservadas, la posible entrada del Reglamento depende necesariamente de la voluntad de la Ley de permi-

(277) Vid. § 58.

(278) Sentencia 77/1985, de 27 de junio, fund. 14. La misma idea se recoge en otras muchas sentencias. La de 26 de marzo de 1987, fund. 3.º, habla de «remisión *inexcusable*»; la 99/1987, de 11 de junio, fund. 3.º, admite una remisión que considera «muy amplia» porque «sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística...»; en la sentencia 42/1987, de 7 de abril, habla del «carácter en cierto modo *insuprimible* de la potestad reglamentaria en ciertas materias», y lo hace ya fuera del marco de relaciones de sujeción especial en que antes lo había hecho la 2/1987, de 21 de enero.

tir que se produzca una regulación reglamentaria en ese ámbito. Sin entrar en el tema de su naturaleza, su exigencia (279) y su contenido no ofrecen dificultades.

De la Ley tiene que desprenderse que se autoriza precisamente a dictar Reglamentos y no genéricamente a realizar cualquier otra actividad: esto, en materia reservada a la Ley, sólo permitirá dictar actos. En este sentido puede decirse que lo que se exige es una habilitación normativa o, más concretamente aún, reglamentaria.

Tiene que desprenderse de la Ley, al mismo tiempo, que se autoriza a dictar Reglamentos reguladores del objeto reservado constitucionalmente a la Ley. Para ello, desde luego, son insuficientes las autorizaciones generales de potestad reglamentaria que no señalan materia. Es necesario que, de alguna forma, esté delimitada la materia sobre la que podrán versar los Reglamentos y ésta se corresponda o comprenda ámbitos reservados por la Constitución a la Ley.

Todo lo anterior supone simplemente que no caben Reglamentos que espontáneamente dicte la Administración como titular de la potestad reglamentaria. El poder legislativo es dueño de la materia (280) y tiene que ser él el que previamente (281) decida si podrán existir Reglamentos.

(279) Esta exigencia la expresa el TC, que siempre la contempla desde el punto de vista de la Ley, diciendo que caben normas administrativas «cuando las Leyes recaben la colaboración reglamentaria» (fund. 3.º de sentencia 37/1987, de 26 de marzo), «cuando así lo requiera la Ley» (fund. 3.º de la 99/1987, de 11 de junio), o fórmulas siempre reconducibles a la idea de que es la Ley la que permite la existencia del Reglamento.

El TS en algunas sentencias ha sido muy explícito: en la de 26 de diciembre de 1984 (R. Ar. 6729) dice que «... ha de existir previamente, y a título de presupuesto de validez la indispensable habilitación legal conferida a la Administración para entrar a normar reglamentariamente... en el ámbito propio de la ordenación reservada constitucionalmente a la Ley...»; en la sentencia de 27 de marzo de 1985 (R. Ar. 1668) se afirma que «... en las materias reservadas a la Ley... la potestad reglamentaria municipal requiere inexcusablemente una previa habilitación específica por Ley...»; para la de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954), no caben los Reglamentos «salvo que la propia Ley... haya hecho una especial llamada al Reglamento...».

(280) Decimos genéricamente poder legislativo porque si, como habremos de ver (*infra*, § 59), la reserva de Ley también puede quedar cubierta por Decretos-leyes y Directos Legislativos, también éstos pueden remitir alguna regulación al Reglamento. Aunque al dictar este tipo de disposiciones con rango de Ley el Gobierno no se coloca exactamente en la posición de las Cortes, sí puede decirse que ejerce, en cierta medida, poder legislativo.

(281) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 29/1989, de 6 de febrero, ha tenido ocasión de proclamarlo en un supuesto verdaderamente inusual en el que una Ley trataba de dar cobertura a un Reglamento sancionador anterior. Sin embargo, la sentencia niega efectos a esa habilitación *a posteriori* en base a que, tratándose de un Reglamento sancionador, ello podría vulnerar la irretroactividad establecida en el artículo 9.3 de la CE. Pese a todo, entendemos que el carácter previo de la habilitación es exigible en todo caso. Vid. nuestro trabajo *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., pág. 527.

Añadir ya que esta habilitación tiene que ser expresa es poner límites injustificados a la forma en que la disposición legal puede manifestar su voluntad de que existan Reglamentos y a la interpretación de la misma. A lo sumo, cabe exigir que esa voluntad aparezca de forma inequívoca (282).

§ 57. Pero, tras la exigencia de habilitación para regular materias reservadas, las dificultades se han centrado en señalar los límites de lo que puede confiarse al Reglamento y, paralelamente, de lo que debe ser establecido por la Ley para no vulnerar la Constitución.

Es pacífico, y no podría ser de otra forma, el rechazo de habilitaciones o remisiones en blanco y, por tanto, de Reglamentos materialmente independientes. Las Leyes han de contener una regulación del ámbito reservado y no sólo una autorización al Reglamento (283). Esto, como acabamos de ver, es un requisito necesario; pero no suficiente.

(282) Inequívoco debe resultar que se permita concretamente «regular», no realizar cualquier otra actividad. Por eso no creemos que pueda admitirse la idea de R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad...*, op. cit., pág. 130, según el cual «podría admitirse lógicamente una remisión implícita en los supuestos en que la Ley se refiera a materias administrativas en las cuales la ejecución quede confiada al Gobierno y a la Administración». Nada de ello nos parece suficiente para considerar implícita una habilitación normativa en materias reservadas y fuera de ellas no se tratará tampoco de tal, sino de la posibilidad de ejercer la potestad conferida por el artículo 97 CE.

Inequívoco debe ser también que la regulación permitida verse sobre materias reservadas, lo cual, tratándose de una excepción a una regla constitucional, debe estar presidido por un criterio restrictivo, pero éste no lleva a proclamar, según creemos, que tenga que ser expresa. En este sentido, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 787, dice que «ha de ser expresa (o inequívoca si es implícita)». En alguna ocasión, el TS ha dicho que el Reglamento en materia reservada «sólo es posible en virtud de remisión expresa» (sentencia de 30 de abril de 1988, R. Ar. 3294), pero de su jurisprudencia, en general, no se deduce este rigor.

(283) El TC lo ha proclamado reiteradamente:

- S. de 16 de noviembre de 1981, fund. 4.º: «La Ley... que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento... no respeta... esta reserva constitucional...»
- S. 83/1984, de 24 de julio, fund. 4.º: «El principio... excluye... que tales remisiones hagan posible una regulación independiente...» La reserva es contraria a «cláusulas legales... en virtud de las cuales se produzca una verdadera deslegalización de la materia reservada».
- S. 179/1985, de 19 de diciembre, fund. 3.º: es inconstitucional la «remisión en blanco».
- S. 19/1987, de 17 de febrero, fund. 4.º: no «podrá el legislador abdicar de toda regulación directa...»; «... el ámbito objetivo así reservado no queda... garantizado mediante una mera cláusula legal habilitante...»; «las Leyes reclamadas por la Constitución... no son... meramente habilitadoras... son también Leyes ordenadoras...».
- S. 37/1987, de 26 de marzo, fund. 3.º: «Prohíbe... toda operación de legalización de la materia o todo intento de regulación... por reglamentos independientes...»

A partir de ahí, la formulación de criterios generales se hace difícil. El TC, incluso analizando una reserva de Ley concreta, parece reconocer la imposibilidad de hacerlo (284), prefiriendo limitarse a comprobar si en el caso concreto, atendidas todas las circunstancias, se cumplen las exigencias constitucionales.

En dos sentencias, sin embargo, y aunque con inevitable imprecisión, aporta criterios generales:

— En la sentencia 83/1984, de 24 de julio, indica que la reserva «se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un *complemento de la regulación legal que sea indispensable* por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley».

— En la sentencia 99/1987, de 11 de junio, se permite al Reglamento «*complementar o particularizar*, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración... no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para *desarrollar y completar una previa determinación legislativa* (...) Habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que *la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí inno-*

-
- S. 42/1987, de 7 de abril: es contraria a la reserva «la simple habilitación a la Administración por norma de rango legal vacía de todo contenido material».
 - S. 99/1987, de 11 de junio, fund. 3.º: prohíbe lo que llama «deslegalización encubierta».

En este punto, incluso con posterioridad a la Constitución, dominó cierta confusión en la jurisprudencia del TS: en varias sentencias admitió para materias reservadas que la Ley se redujera a expresar la autorización al Reglamento. En esta línea se pueden citar sentencias de 26 de octubre de 1984 (R. Ar. 6605), 27 de diciembre de 1984 (R. Ar. 924, de 1985), 20 de febrero de 1985 (R. Ar. 1186), 10 de abril de 1985 (R. Ar. 3886), 20 de diciembre de 1985 (R. Ar. 671, de 1986), 28 de enero de 1986 (R. Ar. 71) y 12 de febrero de 1986 (R. Ar. 1436). Sobre estas dos últimas, vid. J. ESTEVE PARDO, *Sanciones administrativas y potestad reglamentaria*, «REDA», núm. 49, págs. 99 y ss., y S. MUÑOZ MACHADO, *En los confines del Estado de Derecho: la ordenación de los juegos de azar*, «REDA», núm. 49, págs. 11 a 13. Esta línea jurisprudencial está definitivamente superada.

(284) STC 19/1987, de 17 de febrero, fund. 4.º: «El Tribunal no puede, como es obvio, definir en términos generales y abstractos cómo hayan de integrarse, en cada caso, las exigencias derivadas de la reserva de Ley en el orden tributario y de la autonomía... Tampoco puede... determinar el diferente alcance y ordenación de impuestos o de otras figuras tributarias.»

vando (...) No es, pues, imposible una *intervención auxiliar o complementaria del reglamento* (...) Esta normación... habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que... sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente...».

Lo cierto es que estos criterios generales han llevado en su aplicación a las distintas reservas y a las diferentes Leyes enjuiciadas por el Tribunal Constitucional a soluciones más o menos flexibles según los casos. Sin duda, factores derivados de la misma Constitución pueden jugar un papel relevante (285) sin que sea posible centrarse sólo en el distinto tenor literal de los preceptos que consagran las reservas (286). Además, es posible que el criterio según el cual la Ley ha de contener, al menos, el «núcleo esencial» de la regulación (287), y que, desde luego, debe considerarse un mínimo que en todo caso ha de quedar satisfecho, pueda, de por sí, explicar en muchos casos la graduación de las exigencias que la reserva entraña, pues ese «núcleo esencial» tiene mayor o menor amplitud, cubre más o menos extensión, según materias. Así, ello podría explicar que una misma reserva, como la del artículo 25 CE, implique exigencias distintas según se trate de Leyes propiamente penales o de las que establecen infracciones o sanciones administrativas (288). Pero, ante todo, cuando de la misma Constitución no se deduce una flexibilización de la reserva y cuando dentro de una misma materia no cabe distinguir aspectos reservados y otros que no lo están, es la necesidad imperiosa del Reglamento la que debe dar la medida de lo que es posible remitirle y la que explica la mayor o menor rigidez.

(285) En este sentido, F. LÓPEZ MENDO, «La ley andaluza de Reforma Agraria y el ordenamiento jurídico-administrativo (El principio de reserva de Ley en la STC 37/1987, de 26 de marzo)», en la obra colectiva *La reforma agraria*, Madrid, 1988, pág. 164, ha señalado la existencia de una serie de factores o variables que deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la concreción o medida del alcance de la reserva de Ley: dicción literal del precepto, ubicación sistemática, incidencia en un derecho subjetivo, naturaleza de éste...

(286) Si así se hiciera resultaría incomprensible cómo la reserva para delitos y penas tiene distinto alcance que la existente para infracciones y sanciones administrativas. Así lo declaró ya la STC 42/1987, de 7 de abril. Pero las dos reservas se contienen por igual y en idénticos términos en el artículo 25.1 CE.

(287) Este es el criterio adoptado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 270. Quizá en la misma línea estén las SSTC 3/1988, de 21 de enero (fundamento 10), y 101/1988, de 8 de junio.

No creemos que se corresponda con el inicialmente propuesto por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 128, que exigía sólo una «regulación básica».

(288) Vid. M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, 1989, págs. 471 y ss.

Las exigencias prácticas, que según vimos son las que han llevado a la admisión de Reglamentos incluso en los casos en que la Constitución se pronunciaba terminantemente en contra, deben jugar ahora como criterio fundamental para determinar su papel en estas materias reservadas a la Ley.

Es cierto que, en todo caso, la Ley debe contener el núcleo esencial de la regulación, pero esto no será suficiente si, ante una reserva constitucional sin matizaciones, la Ley podía haber establecido mucho más. Superado ese primer requisito del núcleo esencial, ante el que no cabe invocar imposibilidad alguna, las cuestiones son dos. La primera es comprobar que lo que se remite al Reglamento no lo podía abordar la Ley sin grave inconvenientes. La segunda, que, incluso así, la Ley ha predeterminado en la medida de lo posible la regulación reglamentaria. Y ambas cuestiones han de resolverse afirmativamente aunque lo remitido no forme parte del núcleo esencial.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, ha de partirse de que la reserva constitucional de Ley, aunque se presente de manera radical, no puede constituir un obstáculo a que la regulación sea tan detallada y minuciosa como el legislador desee. Y, sin embargo, a la Ley le es imposible en muchos casos descender a ese grado de concreción. Ante la alternativa de dejarlo a decisiones individuales que todavía podrían producirse con gran libertad o admitir normas generales, opta por esta última. Sería admisible la habilitación al Reglamento no cuando hay una renuncia voluntaria a regular, sino una decisión de que es necesario un grado de detalle y concreción que la Ley no puede aportar. Dicho de otra forma, únicamente la regulación que la Ley, desde su perspectiva general, no podía establecer con más precisión de la que lo ha hecho, puede remitirse al Reglamento.

Por lo que se refiere a la segunda exigencia, la Ley no puede confiar al Reglamento ningún aspecto de la reserva, por reducido que sea, sin contener ella misma una regulación al respecto. Es decir, el Reglamento, salvo que de la Constitución se desprenda alguna flexibilización, alguna otra posibilidad, no puede introducir ningún precepto sobre un campo dejado vacío por la Ley, sino profundizar en lo ya establecido, siquiera sea mediante principios, por ésta. No tiene que prever nuevas piezas en la ordenación, sino utilizar y sacar consecuencias de las que el legislador ya ha establecido. Por decirlo gráficamente, en una superficie que el legisla-

dor ha cubierto íntegramente, al Reglamento no le corresponden otras extensiones, sino dar profundidad, volumen, grosor, si se quiere decir así, a esa superficie. En cierto sentido, el Reglamento, aun siendo norma, es ya aplicación de las contenidas en la Ley (289) (290).

Las dos exigencias son consecuencia directa de la forma en que la Constitución consagra gran parte de las reservas de Ley y de la misma causa que ha llevado a aceptar Reglamentos en su ámbito: si esto se basa en necesidades ineludibles, sería incongruente acabar permitiéndole más de lo que aquéllas requerían. Además, creemos, son las que ha establecido el TC cuando ha intentado definir criterios generales. La idea de que lo remitido sea aquello que la Ley no puede regular directamente sin graves inconvenientes es la que se expresa al decir que «las habilitaciones legales a la potestad reglamentaria sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable...». Aunque las expresiones puedan hacer evocar la doctrina del complemento indispensable, del contexto se deduce otra cosa: que sólo cabe dar entrada al Reglamento en la medida que sea indispensable, imprescindible, necesario, y nada de esto se dará si la misma Ley podía haber establecido la regulación que, con el mismo grado de abstracción y generalidad, se encontrará posteriormente en el Reglamento. De otra parte, el requisito de que la Ley ha de contener una regulación que predetermine en lo posible la regulación reglamentaria de manera que ésta se convierta, en todos los aspectos que afectan a la reserva, en una aplicación, es el que el Tribunal recoge al decir

(289) Es cierto, como dice el fundamento 11 de la STC 39/1982, de 30 de junio, que «desarrollo normativo se distingue de la aplicación en el esquema de la distinción entre reglamento y acto». Pero, en la medida en que los Reglamentos de los que hablamos sólo extraen consecuencias de las Leyes previas, aunque tales consecuencias se formulen como normas, puede decirse «en cierto sentido» que son ya aplicación de esas Leyes.

(290) Si esto se corresponde con el «criterio de la complitud» es ya otro tema. Si éste supone, como parece desprenderse de la explicación de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 786, expulsar al Reglamento fuera del ámbito reservado, lo que aquí se dice es distinto. Podría decirse, aunque las expresiones son ambiguas, que ante reservas en las que la Constitución no justifique una flexibilización, la Ley debe ser completa pero no agotadora. Puede pensarse, por ejemplo, que la Ley General de Sanidad es completa al regular las infracciones y sanciones, pero cuando el artículo 11.2 del RD 192/1988, de 4 de marzo, señala cuáles son las infracciones en la venta y uso del tabaco «de conformidad con lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Ley General de Sanidad» está dentro de la reserva del artículo 25 CE. La Ley General de Sanidad es completa en la regulación de la reserva, pero no de tal forma exhaustiva como para que no quepa otra regulación de aspectos que forman parte del objeto reservado.

que «la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando» (sentencia 99/1987). Las expresiones «desarrollar» o «completar» son insuficientes para describir la labor permitida al Reglamento en materia reservada, pues también se desarrolla o completa una Ley regulando lo no previsto por ella. Pero si se habla, como hace el mismo Tribunal, en la citada sentencia, de «desarrollar y completar una previa determinación legislativa», el significado aparece inequívoco y queda claro que *la Ley ha de cubrir íntegramente la regulación reservada, aunque no lo haga de manera agotadora o exhaustiva*. El término más expresivo que utiliza el Tribunal es el de «particularizar», y en el mismo sentido podríamos decir «concretar» (291). Con ambos se significa lo mismo que, con exceso, se ha querido indicar al decir que el Reglamento no innova. Lo hace, pero en medida reducida (292).

No se crea que estas exigencias son excesivas. Lo serían, sin duda, si se mantuviera que las reservas de Ley cubren la libertad y propiedad del ciudadano (293). Pero una vez que se establecen las diferencias entre el principio de legalidad y estas reservas constitucionales de Ley se comprueba que su extensión no es tan amplia y que, en muchas de las materias reservadas, hay aspectos no incluidos en la reserva. Así, el Reglamento, incluso aquél que desarrolla una Ley reguladora de una materia reservada, puede contener preceptos que no son ellos mismos incluibles en la reserva. Cuando se afirma que cabe remitir al Reglamento aspectos colaterales o conexos a la materia, instrumentales como los organizativos y de procedimiento (294), se está generalmente aludiendo a estas posibilidades que las conclusiones defendidas no niegan.

(291) El mismo sentido tiene la STC 77/1985, de 27 de junio, cuando decía que los problemas «podrán tener *solución particular y derivada* en normas reglamentarias».

(292) Así, la STC 39/1982, de 30 de junio, decía: «La coincidencia de regulaciones materiales en la relación Ley-Reglamento, en la que éste asume el desarrollo normativo que complementa o pormenoriza el texto de la Ley, no significa la negación de la nota de "lo innovativo" como una de las que se predicán, acertadamente, para definir lo que es reglamento y no ejecución, pues innovar es también... el desarrollo de normas anteriores» (fund. 11). No tiene sentido negar el carácter innovador de los Reglamentos en materia reservada, sino reconocerlo en menor medida.

(293) Precisamente los límites severos que la reserva de Ley impone, muy por encima de la simple habilitación legal, nos llevaron en su momento a descartar las vías doctrinales que trataban de justificar una vinculación positiva de la Administración en toda su actuación restrictiva de la libertad en base a las reservas de Ley. Vid., especialmente, § 44.

(294) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 270; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 786.

Pero incluso en el ámbito estricto de las reservas, los criterios expuestos no conducen a una situación inviable, ni a condenar casi por completo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo primero es falso, puesto que partimos de que debe darse cabida al Reglamento cuando sea indispensable. Lo segundo también, porque esos supuestos en que el legisador se ve obligado a confiar a normas administrativas la pormenorización o concreción de su regulación no son reducidos. Con frecuencia, la Ley, aunque con una ordenación que cubra toda la reserva, no puede agotar la regulación, para lo cual se hará necesario contemplar aspectos más reducidos de la realidad, dada su complejidad. En muchos casos ello se realizará diversificando sectores de actividad (por ejemplo, en materias como las de ejercicio de profesiones tituladas o régimen de autorización de productos, artículos 36 y 51.3 CE) o territorios concretos (así, la propiedad con los planes de urbanismo o los instrumentos de reforma agraria) o atendiendo a criterios diversos (Reglamento limitando el uso de la informática a los Bancos, concretando para éstos los deberes generales que debe haber establecido una Ley conforme al artículo 18.4 CE; deberes de los ciudadanos ante un tipo de riesgo y que no sean más que concreción de los previstos en la Ley a que se refiere el artículo 30.4 CE). Incluso en una materia que, en apariencia, se muestra especialmente cerrada a los Reglamentos, como es la de la reprobación administrativa, el campo de éstos es muy amplio y su función considerable sin detrimento de que la Ley contenga ya una tipificación propiamente dicha y una determinación exacta de las sanciones a imponer. Aunque la Ley cubra de por sí suficientemente la reserva del artículo 25.1 CE, quizá lo tenga que hacer regulando actividades muy diversas. Al contemplar aisladamente cada una de ellas, el Reglamento podría aportar «concreciones interpretativas» sobre las conductas que, en esa actividad concreta y a la vista de los deberes que le incumben y de los peligros que presenta, deben considerarse incluidas en las infracciones previstas en la Ley e introducir mayores precisiones sobre las sanciones a imponer. Con todo ello sólo se logrará mayor seguridad jurídica que la que la Ley, pese a cubrir la reserva, pudo introducir (295).

§ 58. Sobre el reconocimiento de que las reservas constitucionales de Ley imponen en distinto grado exigencias a la Ley y lí-

(295) M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora...*, págs. 478 y ss. y 540 y ss.

mites a la potestad reglamentaria, el Tribunal Constitucional (296) y algunos autores, sobre la base de precedentes doctrinales italianos, han distinguido reservas absolutas y relativas (297). Yendo aún más lejos, se ha intentado establecer una escala completa que iría desde la prohibición absoluta de cualquier regulación reglamentaria hasta su admisión basada en remisiones amplias (298) o, incluso, sólo condicionada a habilitaciones en blanco (299). Prescindiendo de esto último, que está definitivamente desmentido por la jurisprudencia constitucional, la idea puede aceptarse si se le da el valor de una mera descripción de resultados a que conducen los criterios aceptados (300).

Lo que ahora nos interesa apuntar, sobre todo, es que en esa escala de la reserva no debe incluirse, ni siquiera como un grado mínimo, aquellos ámbitos en que la Constitución no pretende excluir el Reglamento, sino someter cierta actuación administrativa, sea realizada por actos o normas, a lo que, en su caso, autoricen positivamente las Leyes. Sin pretender agotar los supuestos en que así pudiera ocurrir, el ejemplo del artículo 133.4 CE puede ser ilustrativo: «Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las Leyes.» No parece que de este precepto puedan deducirse las exi-

(296) Así, la STC 60/1986, de 20 de mayo, habla de reservas «con carácter absoluto o relativo», para posteriormente calificar a la del artículo 103.2 CE como «reserva relativa de Ley» (fund. 2.º). En la 19/1987, de 17 de febrero, se reconoce la recepción de esta construcción doctrinal aplicándola al artículo 31.3 CE: «No puede desconocerse que la reserva legal establecida en la última disposición constitucional citada es —según expresión doctrinal común y de conformidad con lo que indicamos, respecto de una fórmula constitucional análoga, en la sentencia 60/1986, de 20 de mayo— una reserva relativa.» Con anterioridad ya había utilizado el TC la expresión «reserva absoluta de Ley» para referirse a la de delitos y penas: por primera vez en sentencia 15/1981, de 7 de mayo (fund. 7.º), reiterándolo posteriormente en la 25/1984, de 23 de febrero (fund. 3.º), y 140/1986, de 11 de noviembre (fund. 5.º).

(297) Vid. M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones...*, págs. 120, 125, 130 y 132; L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, *Curso...*, I, habla de «reserva de primer grado o de máxima intensidad» y «reserva de ley de segundo grado o de mínima intensidad», págs. 119 y 120.

(298) J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el Reglamento...*, sobre la base de ideas de VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, entiende que existe una «escala de la reserva legal»; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Reserva de Ley y potestad...*, pág. 307, habló de «un escalonamiento de la protección que la reserva de ley implica...».

(299) Creemos que la primera formulación conforme a la Constitución de 1978 de la graduación de la reserva legal es la de J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios...*, I, págs. 102 a 108, 225, 226, 246 y 247. Pero aquí se llega desde una exclusión completa de los Reglamentos a la simple exigencia de habilitación legal, lo que claramente ha quedado desmentido por la jurisprudencia constitucional, como hemos expuesto.

(300) En contra de la distinción entre reservas absolutas y relativas, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, pág. 323, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 785.

gencias mínimas de la reserva: ni imposibilita la aprobación de Reglamentos basados únicamente en la autorización general del artículo 97 unida a la cláusula de ejecución administrativa que inevitablemente tendrá la Ley que permita a la Administración contraer obligaciones financieras o realizar gastos, ni tal Ley tiene obligación constitucional de ser mucho más que una habilitación para realizar esas operaciones (301).

La misma literalidad del precepto deja bien claro que aquí no hay ningún límite al legislador, sino uno general a cualquier actuación de las Administraciones públicas y no circunscrito a su potestad reglamentaria. La Administración, en virtud de este límite constitucional, no puede dictar actos ni Reglamentos que supongan contraer obligaciones financieras o realizar gasto nada más que si la Ley le ha habilitado a ello. Una vez que así lo haya hecho la Ley, y aunque de ninguna forma prevea la intermediación de Reglamentos, la Administración podrá dictarlos basándose exclusivamente, si se trata del Gobierno, en la autorización general reglamentaria del artículo 97 CE. Todo este mecanismo nos es ya perfectamente conocido, pues no es otra cosa que acabada expresión del principio de legalidad como vinculación positiva de la Administración a la Ley.

Basta este ejemplo del artículo 133.4 CE para comprender que ciertas previsiones constitucionales no deben ser explicadas como flexibilizaciones muy amplias de la reserva de Ley, como reservas de Ley relativas. Ello sólo contribuye a difuminar los caracteres de la institución y a debilitar las garantías que realmente ha de suponer cuando, en verdad, esté consagrada. La conexión necesaria de la actividad administrativa, incluida la reglamentaria, con la Ley puede referirse exclusivamente al principio de legalidad. La Constitución tendría en tales preceptos el significado de proclamarlo para materias o aspectos concretos, lo cual no es de ninguna forma superfluo, puesto que la vinculación positiva no era general.

(301) Que el artículo 133.4 no establece un límite al legislador, a diferencia de la verdadera reserva de Ley, ha sido reconocido por STC de 2 de febrero de 1981, fundamento 16, F): «... la Constitución remite "en blanco" al legislador la posibilidad de limitar la asunción de obligaciones financieras por parte de las Administraciones Públicas...». Esta declaración cobra especial interés desde nuestro punto de vista si se tiene en cuenta que condujo a declarar la constitucionalidad de una norma que remitía casi incondicionalmente al Gobierno los límites de endeudamiento de los entes locales.

§ 59. De todo lo anterior se desprende que las reservas de Ley están protegidas incluso frente al propio legislador. En este punto ofrece una nueva diferencia con el principio de legalidad, que sólo afecta a la Administración, ya que aquí hay también un límite al legislador (302).

Aunque cierto, la extrapolación de este dato ha llevado a equívocos que interesa evitar. La reserva de Ley impone un límite a la potestad reglamentaria que ni siquiera el legislador puede levantar. Como ese límite significa finalmente que no cabe remitir al Reglamento sino la concreción y pormenorización de lo ya regulado en la Ley, se ha entendido que las reservas constitucionales suponen también un *mandato positivo al legislador* de establecer la regulación de la materia, de perfilar directamente en sus rasgos fundamentales la solución jurídica de determinadas cuestiones. La reserva de Ley supondría, así, para el legislador la exigencia de *emanar una Ley y de hacerlo con determinado grado de concreción* (303).

Afirmar lo anterior supone tomar como mandato legislador lo que no es más que condición para el Reglamento, aunque sea una condición legal. Los resultados a los que por este camino se llega superan los que derivan realmente de la reserva de Ley.

Por una parte, no es cierto que en toda materia reservada deba existir una Ley. Esto sólo ocurre en algunos casos (304), mientras que en otros es constitucionalmente lícito que no se produzca Ley alguna, de donde se desprende que no es esencial, sino accesorio, a la reserva la existencia de un mandato positivo al legislador de aprobar una Ley.

Por otra parte, tampoco es completamente exacto que el legislador deba aprobar una Ley con un grado de concreción y detalle

(302) Así lo señalaba ya por primera vez el TC en su sentencia de 13 de febrero de 1981: «... el legislador no tiene otros límites que... y el que deriva de las reservas de Ley...».

(303) La STC 58/1982, de 27 de julio, fundamento 1.º, decía que la reserva de Ley es «un mandato al legislador de regular...». Esto ha sido interpretado en el sentido de que la reserva supone «forzar [al legislador] su toma de posición sobre un asunto». J. TORNOS MAS, *La relación...*, op. cit., pág. 491. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, op. cit., pág. 167, dice que «... se ha impuesto al legislador la obligación de hacer algo que merezca el nombre de regulación».

(304) Uno de los supuestos más claros es el de la Ley Electoral, que no sólo es objeto de reserva (art. 81 CE), sino que su aprobación es impuesta por la Constitución. El TC, en el fundamento 5.º de la sentencia 72/1984, de 14 de junio, lo ha afirmado: «La Ley Electoral está prevista en la Constitución como una de las Leyes necesariamente llamadas a desarrollarla. Se deduce así, sin gran dificultad, de la lectura del artículo 70 y se deduce igualmente de la disposición transitoria 8.ª.3.ª» Pero no del artículo 81 CE, es decir, no de la reserva misma, sino de otras reglas que son específicas de esta materia.

que suponga que predetermina perfectamente toda la actividad tendente a su aplicación. Particular interés tiene destacar que la Ley reguladora de materia reservada puede, en principio, prever una amplísima actuación administrativa que no encontrase en esa Ley más que habilitaciones de potestades discrecionales muy extensas de manera que se haya remitido en gran medida a la Administración el contenido de las decisiones a adoptar o su adopción misma. Esto viene exceptuado muchas veces por la concurrencia de otras reglas distintas de la reserva o por la forma en que ésta viene recogida (305), pero, puesto que no ocurre siempre así, se comprenderá que no es esencial a la figura que estudiamos. Esta es sólo una forma de distribuir competencias normativas que, por tanto, prohíbe la remisión a normas administrativas, pero que en absoluto interfiere otras actuaciones de la Administración. Impone que, en lo posible, toda la regulación esté íntegramente en la Ley, pero no señala cómo tiene que ser esa regulación, ni en qué grado han de quedar prefiguradas las actividades no normativas que en su ejecución se produzcan.

Finalmente, la idea del mandato positivo al legislador lleva en sí un último equívoco al que, más que ella, conduce la misma expresión de «reserva de Ley»: la supuesta exclusión para los campos en que rige de normas con rango de Ley no aprobadas por el Legislador, sino por el Gobierno, esto es, de Decretos-leyes y de Decretos Legislativos. Es claro, sin embargo, que la reserva de Ley no se refiere a esta cuestión. Los ámbitos vedados al Decreto-ley y al Decreto Legislativo son definidos en la Constitución específicamente (arts. 82.1 y 86.1) y, aunque puedan coincidir en parte con los de algunos sectores de la reserva, se desprenden de una regla distinta de esa reserva y no es esencial a ésta prohibir tales normas que son también fruto de poder legislativo aunque provengan del Gobierno. La reserva constitucional de Ley sólo es un límite a la potestad reglamentaria: «... interdicción al Gobierno como titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE)...», decía la sentencia 58/1982, de 27 de julio, y a cualquier otro órgano que la ostente en virtud de una autorización general, ha de añadirse. Pero sólo

(305) Uno de los casos prototípicos, y sin duda el más importante, es el de los derechos fundamentales: la Ley que confiriese amplias potestades limitativas de los mismos con gran discrecionalidad administrativa sería probablemente inconstitucional, entre otras cosas porque ello supondría no respetar su contenido esencial. En materia penal o sancionadora, la Ley tiene que ser precisa por la exigencia de tipicidad, etc

como titulares de esa potestad reglamentaria. Todavía ha tenido el Tribunal Constitucional ocasión de reiterarlo más claramente: «que una materia esté reservada a la Ley ordinaria... no excluye *eo ipso* la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante Decreto-ley» (306).

II. Exclusión del Reglamento por Ley

A) Prohibición de Reglamentos por decisión de la Ley.

§ 60. La Ley puede excluir para determinados ámbitos materiales el ejercicio de la potestad reglamentaria. Cabe esta «autorreserva» legal porque la potestad reglamentaria no encuentra en la Constitución una garantía de su extensión ni de ningún campo concreto (307). Además, cumple una verdadera función desde el momento en que se acepta la existencia de Reglamentos sin específicas habilitaciones normativas de una Ley: si así no fuera, la autorreserva carecería de sentido porque bastaría para excluir los Reglamentos con no establecer tales habilitaciones. Precisamente porque no es así, el fenómeno no es inusual.

La Ley puede establecer la prohibición de dictar Reglamentos sobre determinadas materias de muy distintas formas. Será una cuestión de interpretación determinar cuándo es ésta la voluntad de la Ley. Supuesto frecuente es el de la Ley que, incluso sin contener una regulación de la materia, se limita a disponer que ésta habrá de realizarse necesariamente por Ley (308). En algunos

(306) STC 60/1986, de 20 de mayo (fund. 2.º).

En contra se había manifestado alguna doctrina; vid., por ejemplo, E. LINDE PANIAGUA, «Ley y Reglamento en la Constitución», en la obra colectiva, coordinada por T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1978, vol. I, pág. 274.

(307) En contra, el Derecho francés, incluso antes de 1958, no admite esta posibilidad de que una Ley prohíba la aprobación de un Reglamento constitucionalmente admisible. Así lo explica L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, op. cit., IV, pág. 702, para quien «este poder [se refiere al reglamentario de desarrollar Leyes sin habilitación específica]... le pertenece [al Presidente de la República] en virtud de la misma Constitución. El legislador, por tanto, no podría constitucionalmente retirárselo, ni prohibirle especialmente adoptar un Reglamento complementario de una determinada Ley. Sobre este punto no cabe ninguna duda».

Conforme a nuestra Constitución, esta solución no tiene sentido ni encuentra apoyo. La doctrina sólo puntualiza, a lo sumo, cuando se ocupa del tema, que una Ley no podría privar totalmente para el futuro de potestad reglamentaria al Gobierno. Así, por ejemplo, L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, *Curso...*, I, pág. 153. Pero es evidente que sí puede excluirla para aspectos determinados.

(308) Son ejemplos de ello los artículos 10 de la Ley General Tributaria y 7 de la Ley

casos puede tener el mismo significado la remisión a una posterior Ley o la simple previsión de la misma (309). Lo esencial es únicamente que se derive la consecuencia de que, en determinada materia, la Administración no puede dictar Reglamentos.

No se trata de que quede prohibido al Reglamento modificar de cualquier forma una previa regulación legal. Para ello no hace falta ninguna previsión concreta. El principio de jerarquía lo impide. En la figura que estudiamos el Reglamento queda excluido incluso aunque no modifique o derogue una regulación establecida con rango de Ley y aunque ni siquiera exista todavía esa regulación. No cabe dictar Reglamentos para ordenar determinada materia.

Como la prohibición se refiere a un ámbito material, y no a una regulación legal, no hay ningún inconveniente en hablar de reserva material de Ley. Su diferencia con las que establece la Constitución está en el rango de las normas que las consagran y en su vinculación al legislador, pero no en que no sea material (310).

§ 61. Su justificación jurídica única, salvo que se trate de simples reiteraciones o concreciones de reservas constitucionales, es que así lo disponga una norma con rango de Ley. Este superior

General Presupuestaria. Y no todas las materias a que se refieren estarían ya reservadas por la Constitución; por ejemplo, apartado K del artículo 10 LGT, toda vez que no encierra simplemente a la Ley la imposición de la obligación formal a que se refiere, sino propiamente su regulación; lo mismo cabe decir del artículo 7 LFP en lo relativo al régimen de contratación del Estado.

(309) Así, estamos ante una «autorreserva» en el artículo 6.3 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas o en el artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento administrativo. El artículo 107 de esta misma Ley contiene otra reserva con valor propio y no derivado de la Constitución: al ser la multa coercitiva un medio de ejecución podría entenderse que no le afectan las reservas de los artículos 25, 33 y 53.1 CE. El principio de legalidad exigiría que tal potestad de ejecución mediante multas coercitivas se autorizara por Ley. Pero el artículo 107 no exige sólo eso, sino una regulación legal determinando la forma y cuantía de las mismas.

Existen también remisiones a las Leyes de Presupuestos que, además de suponer en algunos casos una autorización a éstas para que regulen ciertos aspectos que tiene interés en sí misma dado que tales Leyes tienen limitado su contenido, imposibilitan la aprobación de Reglamentos.

La especialidad de las Leyes orgánicas ha hecho que algunas de ellas, en vez de regular materias conexas, se remitan a Leyes ordinarias (sobre la constitucionalidad de ello, vid. fund. 3.º de la STC 137/1986, de 6 de noviembre), remisión en la que frecuentemente va implícita una prohibición de Reglamentos.

(310) Por eso hemos preferido denominar a las dispuestas por la Constitución «reservas constitucionales de Ley»; denominarlas «reservas materiales» no las distingue de las que estudiamos ahora. Por otra parte, llamar a éstas «reservas de Ley en sentido formal» o simplemente «reservas formales de Ley» no está justificado.

rango vincula al Reglamento, por lo que el que se apruebe en materia reservada por la Ley es ilegal. La Administración no puede invocar nunca su potestad reglamentaria para actuar contra la Ley y ésta puede contener cualquier regulación que no sea contraria a la Constitución, incluida la prohibición de Reglamentos. Una vez que se produce, los efectos para la Administración y, particularmente, para su potestad reglamentaria son idénticos a los de las reservas constitucionales de Ley. Ha de ejercerse «de acuerdo con la Constitución y las Leyes» (art. 97 CE), lo que, como mínimo, significa que no puede ir contra ellas. Desde este punto de vista, es indiferente que se trate de una reserva constitucional o de una autorreserva.

Sin embargo, sus efectos sobre las normas con rango de Ley son diferentes a los de las reservas constitucionales. Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, estas reservas no obligan en absoluto al legislador futuro al que no puede atarse eficazmente con las leyes actuales (311). Así, bastará que cualquier Ley posterior derogue a las que contiene la autorreserva o simplemente contenga cualquier habilitación normativa para que los Reglamentos se produzcan válidamente y sin más límites que los generales. Esto, sin embargo, no impide reconocer que se trata de auténticas reservas materiales, puesto que producen sobre la potestad reglamentaria, mientras están vigentes, las mismas consecuencias que las constitucionales.

Pero incluso en lo que se refiere a su falta de efectos sobre el legislador futuro parece conveniente introducir algunas matizaciones. La actual complejidad de nuestro ordenamiento, con diversos tipos de Leyes y descentralización del poder legislativo, puede suponer que la reserva material contenida en una Ley resulte vinculante para el legislador que haya de proceder a la regulación posteriormente. Desde el momento en que el principio de jerarquía ha dejado de ser el único criterio estructurador de las relaciones entre normas, la efectividad de la reserva material de Ley no tiene que descansar única y necesariamente en el superior rango de la Constitución. El principio de competencia o la idea de función en el sistema jurídico asignada por la Constitución a ciertas Leyes (312) puede sustentar igualmente la vinculación del

(311) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 244; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 788: «... el propio legislador mediante una nueva ley, puede en cualquier momento eliminar la "reserva" anteriormente establecida».

(312) Esta idea es desarrollada por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, en *Relaciones entre*

legislador a la reserva prevista en otra Ley. Lo decisivo será que esa otra Ley se le imponga y que su poder legislativo no alcance a disponer del contenido de aquélla (313).

Sin entrar en la justificación y explicación teórica de este fenómeno, es un hecho incuestionable que las abundantes reservas de Ley contenidas en los Estatutos de Autonomía vinculan eficazmente no sólo a la Administración regional, sino al propio Parlamento (314). Supuesto ilustrativo es también el que ofrecen ciertas Leyes básicas previstas en el artículo 149.1 CE que han establecido, en ocasiones, reservas de Ley vinculantes para las Asambleas autonómicas y, eventualmente, para las Cortes Generales (315).

B) *La exclusión de Reglamentos como supuesta consecuencia de la aprobación de una Ley y congelación del rango de una materia.*

§ 62. Un sector doctrinal, encabezado en España por GARCÍA DE ENTERRÍA, entiende que la regulación de una materia concreta por una Ley —u otra norma con igual rango— sin prever la posibilidad de Reglamentos excluye la facultad de dictarlos en esa materia. Es entonces fundamentalmente cuando se habla de reserva de Ley en sentido formal o de reserva formal de Ley (316).

Leyes: competencia, jerarquía y función constitucional, núm. 113 de esta REVISTA; en especial, vid. pág. 23.

(313) Todo ello, como es sabido, puede hacerse efectivo a través del control del Tribunal Constitucional en la medida en que la Ley que establezca la reserva pueda constituirse en parámetro de constitucionalidad en virtud del artículo 28 LOTC.

(314) Dos ejemplos claros de reserva de Ley establecida en Estatuto de Autonomía y que no existiría como tal reserva sin esa previsión expresa la ofrecen los artículos 41 y 42 del de Cataluña, referidos a un órgano consultivo y a la Sindicatura de Cuentas, respectivamente. No sólo es que el Ejecutivo catalán no podía haber creado sin habilitación alguna el Consejo Consultivo a que se refiere el artículo 41, sino que el Parlamento autonómico no podría haber remitido al Reglamento nada más que dentro de precisos límites.

(315) La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ofrece algunos ejemplos en sus artículos 7, 20.2, 25.3, 42.3, 43.1, 45, etc. También el artículo 11 de la Ley de Reforma de la Función Pública establece una reserva de Ley para las Comunidades Autónomas que creemos que es más amplia que la del artículo 103.3 CE.

Incluso fuera de Leyes básicas se encuentran supuestos: así, el artículo 12.1 de la Ley del Proceso Autonómico para las especialidades del procedimiento administrativo derivadas de la organización propia. No creemos que tal reserva sea una concreción del artículo 105.c) CE, pues éste, desde luego, no alcanzaría a cubrir las especialidades orgánicas. La STC 76/1983, 5 agosto (fundam. jur. 23), no vio en esta reserva de Ley inconstitucionalidad alguna.

(316) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pp. 244 y 250; J. A. SANTA-

En esta doctrina, que ahora nos ocupará, la imposibilidad de aprobar Reglamentos sin habilitación de Ley no es total y previa. En ese caso, estaríamos en una tesis completamente distinta (317). Aquí deriva precisamente de la aprobación de la Ley. Es ésta la que, por sí y al margen de cualquier otro factor, produce el efecto de excluir el ejercicio de la potestad reglamentaria. De no existir esa Ley, el Reglamento sería factible. Es más, cuando esta supuesta reserva formal de Ley presenta un interés propio es cuando se despliega sobre ámbitos en los que el Reglamento podría haberse aprobado sin más base que las autorizaciones generales que atribuyen la potestad misma (318).

La consecuencia práctica más importante de su aceptación es que, incluso cuando no existe reserva material de Ley, no caben Reglamentos tendentes a desarrollar o ejecutar una Ley salvo que ésta contenga una habilitación normativa. Dicho de otra forma, que la genérica potestad reglamentaria, como la atribuida en el artículo 97 CE, no es suficiente para dictar Reglamentos que desarrollen una Ley previa (319). Pero, más ampliamente, excluye

MARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 777; E. LINDE PANIAGUA, *Ley y Reglamento...*, pág. 275. Según I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, pág. 227, esta tesis es mayoritaria en España. Pero entendida en el sentido de que toda una materia queda excluida del Reglamento por la aprobación de una Ley, no es claro que verdaderamente sea mayoritaria. En algunos casos, aparece la expresión con un significado más modesto o, al menos, más impreciso. Vid. J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCERRA, *Principios...*, I, pág. 109, y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 130. Téngase en cuenta especialmente que esta tesis es radicalmente negada por la doctrina que se expuso en los §§ 30 y 31.

(317) Concretamente, en la línea de la doctrina a que nos referimos en el § 4.

(318) Es claro que esto puede producirse por la inexistencia de una reserva reglamentaria, lo que permite que se apruebe una Ley sobre cualquier materia (SSTC de 13 de febrero de 1981; fund. 4.º de la 76/1983, de 5 de agosto; fund. 2.º de la 60/1986, de 20 de mayo, entre otras), incluidas aquellas en las que antes de la aprobación de la Ley era posible un Reglamento. Por eso, lo característico de esta tesis es que se atribuyen a la Ley ciertos efectos excluyentes del Reglamento incluso en ámbitos donde la potestad reglamentaria no encontraba antes de la Ley ningún obstáculo a su aprobación.

(319) Por ello, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en todo momento consecuente con su construcción, dice al estudiar las remisiones normativas que son necesarias no sólo en materias reservadas a la Ley, sino también «en la hipótesis de Leyes que se produzcan en el ámbito donde la potestad reglamentaria tiene su campo natural» y que «no puede sostenerse que aun *lege silente* la Administración cuente siempre con la posibilidad de dictar Reglamentos de las Leyes...». E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 269. En el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, op. cit., págs. 159 y 160. También parece pronunciarse en esta línea J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, págs. 795 y ss., ya que exige para «el ejercicio de la potestad reglamentaria en colaboración con la ley» y «tanto si se opera dentro como fuera del ámbito de las materias reservadas» una habilitación en norma con rago de Ley, sin hacer ninguna alusión a la posible suficiencia del artículo 97 CE (pág. 795). Sin embargo, no parece que esto sea compartido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 130: «En las materias en que se ha producido una incidencia sobre la potestad reglamentaria de la Administración por el hecho de estar regulados por una Ley (reserva formal) esti-

toda la regulación reglamentaria de la materia, incluso para contemplar aspectos no tenidos en cuenta por la Ley. Y ello porque lo que ocurre, según esta tesis, es que queda sustraído a la potestad reglamentaria todo un ámbito material: «regulada una determinada materia por Ley... sólo una Ley podrá intervenir posteriormente en ese *ámbito material*» (320).

Nosotros ya expusimos en su momento conclusiones contrarias a éstas (321) y no creemos que en la jurisprudencia, aunque se encuentren algunos reflejos, se acoja realmente la idea de la reserva de Ley en sentido formal (322). Importa ahora explicar que los fundamentos que se invocan son insuficientes para sustentarla (§ 63), que las consecuencias que de ella se extraen son excesivas (§ 64), pero que hay otros principios que, más matizadamente, producen limitaciones a la potestad reglamentaria similares en el sentido de que excluyen en muchos casos la facultad de desarrollar reglamentariamente todas las Leyes (§ 65).

§ 63. Se invocan como fundamento de la reserva formal de Ley los principios de jerarquía normativa y de congelación del

mo que... salvo exclusión expresa por parte de la misma, el Gobierno podrá desarrollarla a través del ejercicio de su potestad reglamentaria.»

(320) *Ibidem*, I, pág. 250. Y añade: «... *todas las posibles materias* están encasilladas hoy en el nivel de la Ley... sólo podrán ser intervenidas en el futuro por Leyes formales». *loc. cit.* Obsérvese que lo que está «encasillado» son, según él, las «materias» y no, como creemos nosotros, sólo la regulación que se establezca.

La misma idea la expresa E. LINDE PANIAGUA, *Ley y Reglamento...*, pág. 275: «... cuando las Cortes entran a regular por Ley más allá de las previsiones que la Constitución establece, en lo sucesivo el rango queda congelado, ya que cualquiera disposición futura en la materia, deberá tener rango de ley...».

En realidad, sólo cuando se piensa en que toda la materia queda cerrada al Reglamento tiene sentido hablar de reserva, pues para indicar simplemente que el Reglamento no puede ir contra la regulación legal no hace falta ni es oportuno hablar de reserva, ni siquiera calificándola de formal.

(321) *Vid. supra*, especialmente § 47, *d*).

(322) El TS habla incluso expresamente de reserva formal de Ley. Quizá el caso más destacable sea el de su sentencia de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954): fuera de la reserva constitucional de Ley caben Reglamentos independientes «a no ser que esa materia haya sido ya regulada por Ley, en que en virtud de otro principio, el de congelación del rango, por haberse producido entonces una *reserva también de Ley*, aunque esta vez sólo en sentido Formal, resulta preciso que su innovación se haga igualmente por Ley, si bien ésta puede perfectamente limitarse a devolver a su rango reglamentario lo que estaba excluido del Reglamento por una simple *reserva formal de Ley*». Pese a todo, no queda claro que lo que tal reserva prohibiera al Reglamento, según la sentencia, fuera sólo la modificación de la regulación legal. Ninguna aplicación realiza la misma que permita concretar el significado que le da. En este sentido, no conocemos ninguna sentencia que declare nulo un Reglamento por entrar, sin habilitación, en una materia regulada por una Ley, salvo que supusiera su modificación, aunque fuera indirectamente; al contrario, la jurisprudencia que no señala más límites que la reserva constitucional de Ley y la jerarquía normativa (*vid. supra*, § 6) tiene claramente otro sentido.

rango (323). Ninguno de estos dos justifica, sin embargo, que quede cerrado a la potestad reglamentaria un ámbito material por el mero hecho de que se apruebe una Ley. Lo que, como consecuencia de esos principios, no podrá hacer el Reglamento es modificar, alterar, derogar o de cualquier forma contradecir la regulación legal. Ni la jerarquía normativa ni la congelación del rango impiden completar, desarrollar, concretar o pormenorizar la Ley (324). Ello es absolutamente obvio porque las habilitaciones normativas (o remisiones) no alteran la jerarquía, ni el rango de la Ley y, no obstante, permiten dictar Reglamentos que realicen esa labor de complemento (325).

Lo único que podría llevar a que la jerarquía y congelación de rango impidan los Reglamentos es que se dedujese de la Ley esta voluntad de excluirlos, pero entonces ya no estamos ante un efecto de la aprobación de una Ley, sino de su concreta regulación que, tácita o expresamente, así lo establece.

§ 64. Forzoso es reconocer, no obstante, que con tal supuesta reserva formal de Ley se han querido excluir ciertos excesos según los cuales la genérica potestad reglamentaria sería suficiente para desarrollar cualquier Ley sin previsión al respecto de ésta (326). No falta razón para oponerse a esa conclusión grave-

(323) Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 250.

(324) Por ello dice I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, pág. 227, que «... la supremacía jerárquica de la ley... no significa en absoluto que el reglamento no pueda ocuparse de esa materia en tanto respete lo que la ley haya dispuesto sobre ella... De que una norma sea jerárquicamente inferior a otra no se desprende en modo alguno que no pueda regular la materia de que ésta se ocupa, sino tan sólo que no puede contradecirla». En este punto estamos de acuerdo. Pero en la medida en que, además, acepta una desvinculación entre potestad reglamentaria y función ejecutiva (pág. 222), entiende que las relaciones entre Reglamento y Ley ya no dependen de ésta sino de la Constitución (pág. 139) y no admite los efectos restrictivos que nosotros deducimos de los principios de juridicidad y legalidad (págs. 157 a 160 y 240 y 241), llega a conclusiones excesivas: a entender que la general potestad reglamentaria permite desarrollar cualquier Ley, salvo materias reservadas, y que las habilitaciones o remisiones legales no son imprescindibles ni siquiera para Leyes no administrativas (págs. 235 y ss.). Nos interesa destacar que nuestro rechazo de la reserva formal de Ley no nos lleva a conclusiones semejantes a éstas.

(325) Sin embargo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA se ve obligado a decir que «el sentido de la habilitación que se contiene en las cláusulas genéricas... o específicas de remisión a Reglamento» en el caso de Leyes administrativas es el de «una excepción al principio de la congelación del rango...» (*Legislación delegada...*, op. cit., pág. 159); pero no hay tal excepción una vez que se comprende que lo que había quedado «congelado» no era la materia entera, sino su regulación por Ley. La remisión no supone un *contrarius actus*.

(326) Concretamente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA dirige su construcción contra la tesis francesa según la cual la potestad reglamentaria general sería suficiente para desarrollar cualquier Ley mediante Reglamentos, por lo que concretas las habilitaciones nor-

mente errónea y, en la medida en que la reserva formal haya conseguido excluirla de nuestro Derecho, deben ser valorados los esfuerzos por sostenerla. Pero en tal fin se excede, por lo que, para llegar a conclusiones viables, se ve obligada a introducir correcciones difíciles de explicar y sostener desde su propio punto de partida.

Se excede porque, para negar que el Reglamento pueda desarrollar siempre cualquier Ley, acaba consagrando que no puede nunca hacerlo, salvo que la Ley lo autorice. Esto no sólo no tiene fundamento bastante, según acabamos de explicar, sino que choca con el reconocimiento de una potestad reglamentaria general (art. 97 CE), con la realidad misma e incluso con una tradición doctrinal que no es sólo francesa, ni se centra únicamente en la idea de la simple «invitación» a la potestad reglamentaria (327).

Con la intención de evitar las consecuencias a que directamente conduce esta doctrina, distingue GARCÍA DE ENTERRÍA entre Leyes administrativas y no administrativas para aceptar en las primeras, «caso por caso», la posibilidad de «algún tipo de norma secundaria... normas puramente orgánicas y de servicio... disposiciones que regulen cualquier aspecto derivativo...» (328). De esta manera, la supuesta regla general y absoluta va quedando reducida al «fondo de las regulaciones materiales» y aun esto se justifica en que «la potestad reglamentaria general atribuida por la Constitución no podrá invocarse para menoscabar la *voluntad expresa o implícita* en la Ley de que su eficacia sea directa, inmediata y completa» (329). Pero, si hay una voluntad legal «expresa o implícita»,

mativas contenidas en las Leyes no tendrían más valor que el de una mera «invitación» al Gobierno para ejercer ese poder del que dispondría anteriormente. Vid. *Legislación delegada...*, págs. 61, 62, 156 y 159, y, con T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 269.

Esta función la ha cumplido efectivamente. Un ejemplo de ello se puede ver en el Dictamen del Consejo de Estado 43845, de 9 de junio de 1982 (Doctrina legal, Ref. 174), en el que se opone a un Reglamento que pretendía desarrollar o aclarar un precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ante la cuestión de «si existe una potestad reglamentaria de la Administración sobre materias procesales civiles», el Consejo ofrece una respuesta «categóricamente negativa», pero no por existencia de una reserva constitucional de Ley, ni por tratarse de una Ley no administrativa (que es lo que nosotros creemos correcto; vid. § 65), sino porque es «materia íntegramente legalizada», ya que la LEC «agota... toda la materia». La idea de reserva formal de Ley late, evidentemente, aquí.

(327) Tuvimos ocasión de comprobar ya cómo esta misma idea de que las autorizaciones generales de potestad reglamentaria eran suficientes para dictar Reglamentos respecto a las Leyes de ejecución administrativa no sólo eran generalmente acogidas en Francia, sino también en Alemania, Italia y España. Véanse especialmente las anteriores notas 239 y 240.

(328) *Legislación delegada...*, pág. 160.

(329) *Ibidem*, pág. 161.

no estamos ante el supuesto para el que se había formulado la regla y que venía constituido por el silencio de la Ley. Todavía hay una flexibilización más que deja a la regla sin ningún contenido: puede «interpretarse ese silencio como una simple *laguna material* que hace entrar en juego otras reglas, entre las cuales la de la potestad reglamentaria general» (330). Con todo ello, lo único que realmente queda en pie de esta tesis es que las Leyes no administrativas no permiten desarrollo reglamentario salvo autorización legal. Esto es cierto, y también lo es que algunas Leyes administrativas tampoco lo permiten. Pero para llegar a esta conclusión se ha seguido un camino que conduce a otras conclusiones que no se ajustan a nuestro Derecho.

§ 65. La explicación debe buscarse en los efectos que sobre la potestad reglamentaria general causan los principios de juridicidad y legalidad, efectos que ya nos ocuparon (331). Si no es posible desarrollar mediante Reglamentos las Leyes no administrativas será simplemente porque no existe un título de intervención de la Administración y ya nos consta que la genérica potestad reglamentaria sólo puede ejercerse para regular materias administrativas (332). Cierto que no hemos llegado a afirmar que la existencia de éstas sea siempre fruto de una determinación le-

(330) *Loc. cit.* Esto es frontalmente contrario a los presupuestos de los que se había partido. Si se cree que en el silencio de la Ley hay una habilitación implícita pueden salvarse aquéllos. Pero si se cree que no hay habilitación expresa ni implícita, no habrá una laguna, sino, según esta tesis, la negación de la posibilidad de dictar Reglamentos. A lo que conduce esta idea en la práctica es a admitir Reglamentos aunque la Ley no los prevea de ninguna forma si se estima que ello es lógico, porque será en esos casos cuando se diga que hay una «laguna material».

En el fondo, a las mismas ideas responde J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR cuando afirma que «la Administración (y, en concreto, el Gobierno, en virtud del artículo 97 de la Constitución) podrá, de forma espontánea, ejercer su potestad reglamentaria para... completar y desarrollar leyes administrativas cuando ello fuese absolutamente indispensable para su ejecución y no incidiese en materias de reserva material de ley», en el artículo realizado con R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, 1978, pág. 170. Puede pensarse que se encuentra en un punto intermedio puesto que, a fin de cuentas, admite el Reglamento ejecutivo espontáneo. Pero, desde el momento en que ello lo reduce a los supuestos en que «fuese absolutamente indispensable», se sitúa en la misma posición que GARCÍA DE ENTERRÍA, pues sólo es comprensible tal restricción en base a algo semejante a una reserva formal de Ley, aunque no la formule expresamente. En nuestra opinión, nada justifica prohibir tal desarrollo reglamentario en los supuestos en que no fuese absolutamente indispensable, sino que cabe admitirlo con normalidad ante Leyes de ejecución administrativa y materias no reservadas constitucionalmente.

(331) Vid. §§ 38, 42 *g*), 47 y 49.

(332) Vid. *supra*, § 38.

gal (333), pero es obvio que muchas de ellas —por lo pronto todas las que supongan incidencia en la genérica libertad del ciudadano— dependen de la Ley y, sobre todo, que la Ley puede regular sectores excluyendo cualquier intervención de la Administración. Ese es, por hipótesis, el supuesto ante el que nos encontramos (Leyes no administrativas): si la Ley ha de ser aplicada por los particulares y Tribunales, la atribución general de potestad reglamentaria no permite su ejercicio. Lo mismo ocurre con las Leyes cuya aplicación corresponde a órganos constitucionales ajenos a la Administración. Todo ello explica la general exclusión de los Reglamentos del campo del Derecho Privado y de los del Derecho Público no administrativizados (334). Pero nada de esto justifica hablar de una reserva formal de Ley, ni decir que la aprobación de una Ley sobre una materia expulsa de ella la posibilidad de Reglamentos, entre otras razones porque antes de que se aprobase tal Ley tampoco podía el Reglamento, por ejemplo, regular relaciones entre particulares que ninguna Ley hubiera administrativizado en ningún aspecto: aunque no existiera ninguna Ley regulando un nuevo contrato, el Reglamento no podría proceder a su ordenación; luego la imposibilidad de dictarlo no deriva de la eventual aprobación de una Ley, sino que es anterior a ella.

Por el contrario, cuando se trata de Leyes cuya ejecución es administrativa —o, al menos, suponen para algún aspecto una actuación administrativa—, el Reglamento podrá producirse. No es necesaria una específica habilitación al Reglamento. La potestad reglamentaria general, unida a la cláusula de ejecución, es bastante, salvo reserva material, para regular la actuación administrativa prevista. No sólo podrá desarrollar aspectos orgánicos y procedimentales, sino la regulación material; por ejemplo, reduciendo la discrecionalidad configurada por la Ley, concretando conceptos, interpretando preceptos que la misma Administración tiene que aplicar (335); más aún, imponiendo mediante Reglamentos limitaciones y deberes si la Ley autorizaba a ello, aunque no hubiera previsto concretamente la aprobación de disposiciones generales; incluso cabrán nuevos límites y deberes —y ése es

(333) Vid. § 46.

(334) Véase la anterior nota 139.

(335) Como resulta de la STS de 1 de marzo de 1974 y proclama el Dictamen del Consejo de Estado 44201, de 23 de junio de 1982 (Rep. de Doctrina legal, Ref. 142), «al amparo de una declarada potestad de interpretación, es posible encontrar el ejercicio de una potestad reglamentaria o normativa».

el sentido de esa doctrina (336) — si son el *complemento indispensable* para la ejecución de la Ley: por ejemplo, los derivados de sufrir inspecciones administrativas imprescindibles para la efectividad de los deberes sí impuestos por la Ley o en virtud de ella. Ni los principios de juridicidad y legalidad, ni la jerarquía normativa o la congelación del rango, impiden realizar esta labor normativa mediante el ejercicio de una potestad reglamentaria general atribuida anteriormente. Por tanto, no hay aquí nada que merezca llamarse reserva de Ley, porque no hay ninguna materia que quede cerrada a la potestad reglamentaria. Al contrario, si se trata de una Ley administrativa es que ha abierto una materia a la Administración y, con ello, a su potestad reglamentaria. La aprobación de la Ley no sólo no impide la regulación reglamentaria, sino que, en muchos casos, y aunque no contenga habilitación normativa, será la que la justifique. El Reglamento, frecuentemente, no era posible antes de la Ley, antes de que ésta atribuyera a la Administración realizar determinada actividad y, sobre todo, antes de que le permitiera interferir el libre desarrollo de los particulares.

Desde luego, no negamos la posibilidad de que la Ley, pese a ser de ejecución administrativa, suponga exclusión del desarrollo reglamentario: sería uno de los supuestos de «autorreserva» de los que hablamos antes (§ 60); también es imaginable que la Ley, por su regulación, por su contenido o por la forma completa de llevarla a cabo, no permita nada más que la ejecución mediante actos administrativos, sin la intermediación del Reglamento (337). Pero, aun en ese caso, carece de justificación invocar una supuesta

(336) Vid. *supra*, § 47, *el*.

(337) El Dictamen del Consejo de Estado 44132, de 13 de mayo de 1982 (Doctrina legal, Ref. 183), lo expresa en términos exactos: «Aunque desde un punto de vista teórico, la potestad reglamentaria implica, entre otros extremos, posibilidad de desarrollar cualquier texto legal sobre materias administrativas, *el casuismo y concreción de la Ley puede ser tal que reduzca totalmente el ámbito del desarrollo reglamentario*. En efecto, a medida que desciende la generalidad de una norma, las posibilidades de su desarrollo vienen a decrecer progresivamente.»

A. MERKL se refería a esta excepción al exigir para este posible desarrollo reglamentario que se tratara de Leyes en las que «no se hallen material y unívocamente concretados sus casos de aplicación». *Teoría general...*, op. cit., pág. 240.

S. ROMANO, *Corso...*, pág. 52, también afirmaba que, de existir ya una ley, es necesario que «sea susceptible de ser integrada o interpretada». Más aún, pág. 53: «Hay poderes ampliamente discrecionales que la autoridad que esté investida de ellos no puede limitar ni disciplinar su ejercicio por Reglamentos, porque la Ley, implícitamente, quiere que se ejerzan teniendo en cuenta los elementos concretos que presenten los casos singulares y, por tanto, sólo con actos especiales, lo que quiere decir que está prohibida su reglamentación.» Pero se trataba de una excepción que no le impedía reconocer que bastaba una autorización general para dictar Reglamentos externos para la ejecución de Leyes (pág. 54) y, claro está, ni siquiera esa autorización, para dictar Reglamentos internos

reserva formal de Ley: no es posible dictar Reglamentos porque su misma aprobación sería contraria a la regulación de la Ley. Ya no se trata de que *lege silente* no quepa desarrollo reglamentario, sino de que éste queda prohibido ante la voluntad de la Ley en sentido contrario. De todas formas, ello constituye una excepción, siendo la regla general la contraria: no hay que analizar cada Ley administrativa para eventualmente admitir su desarrollo reglamentario sin previsión específica, sino para excluirlo en algún supuesto, salvo, claro es, la existencia de reservas materiales de Ley.

C) *La deslegalización propiamente dicha y la llamada deslegalización de materias.*

§ 66. No sería sistemáticamente correcto ocuparse ahora de una forma de habilitación legal al Reglamento, pero la deslegalización no lo es. Procede su estudio aquí, tras el de los límites derivados de la aprobación de una Ley, porque se trata de una operación que elimina precisamente esos límites y que, consecuentemente, está estrechamente ligada a la configuración y extensión de aquéllos. Por ello, paralelamente al desarrollo de la por nosotros combatida idea de una reserva formal de Ley de todo un ámbito material, se ha desarrollado la de una «deslegalización de materias». Y por ello, también paralelamente a nuestro rechazo de aquélla, debemos optar ahora por un concepto estricto de deslegalización que es directa consecuencia de lo expuesto inmediatamente antes.

Si, como hemos dicho, de la aprobación de la Ley sólo surge para la potestad reglamentaria como nuevo límite el de no modificar la regulación con rango legal (§ 63), la deslegalización es simplemente la operación contraria: aquella determinación legal por la que el Reglamento podrá derogar preceptos con rango de Ley.

(pág. 53), aunque éstos, como sabemos, es incluso preferible excluirlos de la noción misma de Reglamento. La STS de 23 de octubre de 1989 (R. Ar. 7470) ofrece un inmejorable ejemplo de reconocimiento de una Ley que no admite desarrollo reglamentario porque su «indeterminación es precisamente querida por la Ley...» (véase fund. 5.ª).

Uno de los casos en que será frecuente observar la prohibición de dictar Reglamentos es el de Leyes que confían parte de su ejecución a órganos de los que quiere preservarse su independencia respecto de los órganos superiores de la Administración. Distinto es el caso en que la ejecución corresponda a una Administración autónoma distinta de la titular de la genérica potestad reglamentaria. Aquí la prohibición derivaría de que la materia, aunque administrativa, es ajena al titular de la potestad reglamentaria.

Por el contrario, cuando se acepta que la aprobación de una Ley supone la congelación del rango de una materia completa y se configura a la deslegalización como la operación contraria, están sentadas las bases para que se difuminen los caracteres de la figura, en particular para que se la asimile a una habilitación reglamentaria, a una remisión en blanco, para que se hable de ella incluso cuando no exista previamente ninguna Ley reguladora de los aspectos encomendados al Reglamento, para que se utilice como descripción de lo que no puede hacerse en materias constitucionalmente reservadas, etc. Todo ello puede sintetizarse en la expresión «deslegalización de materias», en la que se condensan una serie de equívocos que importa deshacer.

Procederemos primero a desarrollar la deslegalización propiamente dicha (§§ 67 a 69), para realizar posteriormente algunas aclaraciones sobre la llamada «deslegalización de materias» (§ 70).

§ 67. La figura de la deslegalización surge como una explicación doctrinal de ciertas determinaciones legales en virtud de las cuales el Reglamento podía derogar una Ley anterior. Esas previsiones legales no tenían siempre exactamente el mismo significado ni idénticos efectos; además, en cada ordenamiento, según su estructura y limitaciones constitucionales, se hacen necesarias explicaciones distintas de tales fenómenos (338). Todo esto ha

(338) Así, en Francia, aunque el fenómeno se había producido esporádicamente con anterioridad (vid. L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, IV, pág. 680), se generaliza en determinadas épocas: así, con los llamados Decretos-Leyes de 1924 a 1926, con la Ley de 17 de agosto de 1948 y en los momentos anteriores a la aprobación de la vigente Constitución, con la Ley de plenos poderes de 3 de junio de 1958. No todas tienen exacto significado. Ya para ese primer período, un sector doctrinal manejó la explicación de la deslegalización: así, BONNARD y ROLLAND (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, pág. 64). Sin embargo, se dan otras explicaciones al mismo fenómeno muy distintas (vid. L. DUGUIT, *Droit Constitutionnel*, págs. 744, 757 a 762; M. HAURIU, *Précis Elementaires...*, pág. 200; M. WALINE, *Manuel de droit administratif*, 4.^a ed., París, 1946, págs. 25-26), sin invocar la idea de deslegalización.

La Ley de 1948 es más compleja porque junto a lo que quizá pudiera considerarse deslegalización, se emplea la técnica de las *Lois-cadres* y, sobre todo, surge ya la idea del dominio reglamentario *par nature* en el que, además, se permite modificar Leyes anteriores. La doctrina discute esta Ley, ya que el artículo 13 de la Constitución de la IV República de 1946 prohíbe la delegación legislativa. Ante ello, la idea de la deslegalización se convierte en una justificación que obvia el obstáculo constitucional. Ello encuentra apoyo (aunque no se hable expresamente de *delégaliser*) en el informe del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1953 (vid. A. DE LAUBADÈRE, *Traité...*, I, págs. 309-310). Pero lo cierto es que en esta Ley hay otras cosas distintas de la deslegalización y que tratar de obtener de ella ideas generales sobre esta categoría lleva a la confusión (vid. G. VEDEL, *Droit Constitutionnel*, págs. 500 a 502); incluso, quizá, se contenga aquí

dado a la deslegalización unos perfiles difusos y ha obstaculizado la comprensión de su significado y efectos. Si se quiere hacer de la deslegalización una categoría general que explique ciertas relaciones entre la Ley y los Reglamentos, es necesario desembarazarla de los caracteres accidentales que muy frecuentemente presenta —y que presentó, de hecho, en sus primeras manifestaciones que dieron origen a la construcción doctrinal de la figura—, pero que no son esenciales a la misma.

Lo esencial a la deslegalización es que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria —que se ostenta al margen de la deslegalización misma— podrán derogarse preceptos con rango de Ley. La explicación correcta de ello se encuentra en que la Ley deslegalizadora, usando su propia fuerza, niega a otra Ley, o a ella misma, su fuerza formal pasiva (339).

Está en lo anterior todo lo necesario para configurar a la deslegalización exactamente. Por lo pronto, es importante subrayar que produce sus efectos actuando sobre la Ley, no sobre la potes-

en germen la noción de la «deslegalización de materias» en cuanto que la Ley definía un dominio reglamentario.

Los mismos problemas presentó la Ley de 3 de junio de 1958, última de plenos poderes de la IV República. Vid. J. RIVERO, *Droit Administratif*, pág. 60.

La doctrina francesa considera que esta evolución es justamente lo que se ha plasmado en las Ordenanzas previstas en el artículo 38 de la Constitución de la V República y, a decir verdad, parece más que dudoso que estas Ordenanzas, aunque basadas en una declaración del Parlamento que permite dictar Reglamentos sin los límites habituales, sean fruto de algo que merezca el nombre de deslegalización, dado el régimen jurídico que se le atribuye (vid. R. CHAPUS, *Droit Administratif Général*, págs. 441 a 447, y bibliografía allí citada).

Pero incluso con respecto a las figuras anteriores a 1958 su configuración como una deslegalización es difícil porque, según explica G. VEDEL, los Decretos aprobados no podían ser modificados, una vez pasado determinado plazo, nada más que por una nueva Ley (*Derecho Administrativo*, pág. 180), no por un nuevo Decreto, posibilidad ésta que se considera esencial a la deslegalización en nuestro Derecho; vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, págs. 170-171.

En Italia, aunque ha encontrado manifestaciones posteriores muy distintas, se ve por primera vez una deslegalización de manera general con los Reglamentos orgánicos previstos en la Ley 100, de 31 de enero de 1926 (art. 1.3). Vid. S. ROMANO, *Curso...*, págs. 54 y ss. Sobre ello, sin embargo, se consideraba que ha operado drásticamente el artículo 97 de la vigente Constitución italiana, considerándose mayoritariamente derogada en ese punto la Ley de 1926; vid. R. ALESSI, *Instituciones...*, I, pág. 34; P. BISCARETTI, *Derecho Constitucional*, págs. 485-486; G. ZANOBINI, *Curso...*, págs. 107-108, y M. SANDULLI, *Manuale...*, págs. 63 y ss., entre otros. Ese origen y posterior incidencia constitucional ha influenciado la evolución de la figura, si bien se generaliza, al margen de lo organizativo, el concepto de Reglamento delegado (o autorizado), una de cuyas manifestaciones es la posibilidad de derogar Leyes, y la misma expresión y noción de deslegalización con un desarrollo muy similar al que se conoce en España.

(339) Si la generalmente llamada fuerza formal de Ley consiste en que puede modificar cualquier otra norma y sólo puede ser modificada o derogada por otra Ley, podemos llamar fuerza formal pasiva a esa segunda característica, usando una expresión generalizada.

tad reglamentaria. Por eso es expresivo y adecuado hablar de deslegalización. Sobre la Ley no produce, como se ha dicho, una derogación aplazada o diferida (340). Tampoco supone exactamente una degradación de rango (341) porque eso entrañaría convertirla, a todos los efectos, en un Reglamento hasta que fuera derogada, lo cual choca con su régimen jurídico (342). Lo que ocurre es que la fuerza de Ley no es más que una «facultad virtual» de la misma, según la caracterización de OTTO MAYER, y que, por tanto, la propia Ley puede excluir (343). Depende de la voluntad declarada en la Ley que, en ocasiones, por su contenido, no es apta para tener esa fuerza y, en otras, ha sido deliberadamente negada: «... hay leyes que admiten que sus disposiciones sean modificadas por las órdenes de una autoridad inferior; leyes,

(340) En este sentido se ha pronunciado I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, pág. 228. Esto, como máximo, no hace sino describir los eventuales, ni siquiera necesarios, resultados. Por otra parte, choca con ciertas manifestaciones de la deslegalización: Primero, aquellas en que es la misma Ley deslegalizadora la que podrá ser derogada por el Reglamento, posibilidad no inusual, como recuerda J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 551. En estos casos habría que decir que la Ley establece su propia derogación, lo cual, aunque mantenible en puros términos especulativos, pone de relieve lo artificioso de la construcción. Segundo, aquellos casos en que la deslegalización está sometida a plazo, ¿cómo decir que hay una derogación aplazada cuando pasado un tiempo la Ley volverá a ser tal a todos los efectos?

(341) En ésta de la degradación del rango de la Ley deslegalizada la explicación generalizada en nuestra doctrina. Así, J. TORNOS MAS, *La relación entre la Ley y el Reglamento...*, pág. 504, dice que «deslegalizar supone... que se incide sobre una disposición normativa previa con fuerza de ley, cuyo rango se rebaja a nivel reglamentario»; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 274: «La técnica de la deslegalización se limita... a ese plano formal de la manipulación sobre el rango...»; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 131: «... modificación del rango de una Ley para rebajarlo...». Todo esto apunta en el sentido correcto, puesto que pone de relieve que la deslegalización opera sobre la Ley y no sobre la potestad reglamentaria, pero no es completamente exacto.

(342) Nosotros hemos mantenido que la inferioridad de rango es una diferencia esencial entre el Reglamento y la Ley. Vid. *supra*, § 32. Si se la rebajase de rango, la Ley dejaría de ser tal. Sin embargo, la ley deslegalizada sigue siendo una Ley a todos los efectos: por ello puede seguir vigente como ordenación de una materia constitucionalmente reservada; puede haber innovado el Derecho con la libertad propia de la Ley; puede haber modificado anteriores preceptos con rango de Ley... Además, tiene el régimen jurídico de una ley, especialmente, en lo que se refiere a su control, de manera que sigue siendo imposible su conocimiento por los Tribunales Contencioso-administrativos. Pero el artículo 1.1 LJ se refiere a todas las disposiciones de rango inferior a la Ley. Por otra parte, cuando ciertos Parlamentos regionales dictan normas reglamentarias, éstas son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa (vid. nota 100). Si la Ley deslegalizada no tiene este control, como desde luego debe mantenerse, es que conserva rango de Ley. Esto se ve más claramente aún ante una hipotética deslegalización de un Decreto-ley o de un Decreto Legislativo: si perdieran su rango de Ley ya no se diferenciarían en nada de un Reglamento.

(343) Esta explicación es coincidente con la de J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «La deslegalización no consiste en una degradación de la ley a nivel de reglamento (o una conversión de la ley en reglamento)... sino sólo en una privación parcial de la capacidad de innovación pasiva de aquélla...» *Fundamentos...*, I, pág. 550.

por consiguiente, que no quieren servirse de su fuerza llamada formal: entonces esa fuerza cesa» (344). Esto, que en sus propios términos explica una de las manifestaciones de la deslegalización, necesita de pocas correcciones para justificar la otra modalidad: la Ley, usando de su fuerza, puede negársela a otra anterior (345).

No hay aquí, claro está, nada que se oponga a la Constitución porque no se encontrará en ella ningún precepto que imponga al legislador servirse en todo caso de su fuerza (346).

A lo sumo, podría decirse que la deslegalización es contraria a las reservas constitucionales de Ley y que, por tanto, no puede producirse donde éstas rigen. Pero eso tampoco es siempre así porque la deslegalización, que permitirá al Reglamento derogar ciertas Leyes, no entraña necesariamente que no existan otras Leyes a las que sí quede vinculado. Pero explicarlo requiere aclaraciones previas.

§ 68. Con la anterior noción de la deslegalización y explicación del fenómeno que produce, queda excluida su configuración como una forma de habilitación al Reglamento, como delegación o como un tipo de remisión en blanco. Opera sobre la Ley previa, no sobre la potestad reglamentaria.

Así, lo que la Administración ejerce para modificar o derogar completamente a la Ley deslegalizada es su potestad reglamentaria, es decir, un poder del que goza en virtud de habilitaciones —constitucionales o legales, generales o especiales, anteriores o simultáneas a la Ley deslegalizadora— y que no deriva ni modifica en nada la deslegalización misma.

Con ello no sólo la diferenciamos de la verdadera y propia delegación legislativa (arts. 82 a 86 CE), sino también de cualquier

(344) *Derecho Administrativo alemán*, op. cit., T. I, págs. 93 y 94.

(345) *Ibidem*, I, pág. 97.

(346) En concreto, no hay tampoco el sutil artificio para defraudar la prohibición de delegaciones legislativas que creyó ver en esta técnica cierta doctrina francesa. Vid., por todos, G. VEDEL, *Droit Constitutionnel*, págs. 499 y 500. En España no existe tal prohibición (arts. 82 a 85 CE), pero sí estrictos límites a las delegaciones legislativas que no se tratan de obviar mediante la deslegalización. Hay en ésta, según la más profunda caracterización de GARCÍA DE ENTERRÍA, «una técnica perfectamente justificada en la estructura material del ordenamiento y susceptible por ello de ser incluida en la teoría general». *Legislación delegada...*, pág. 95. Podrá decirse, como hace en «términos llanos» SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 551, que la deslegalización responde a esta idea: «ya que no se permite subir de rango a los reglamentos, bajemos de rango las leyes, como en el famoso dicho apócrifo atribuido al profeta de la religión musulmana». Pero todos estaremos de acuerdo en que no es lo mismo que la montaña vaya a Mahoma que lo contrario.

otra forma de delegación en la potestad reglamentaria o de autorización o habilitación normativa (347).

La distinción entre remisión normativa y deslegalización no depende del mayor o menor grado de desarrollo de la materia por la Ley remitente o por la deslegalizadora, sino en que aquélla tiene un carácter habilitante y ésta, en principio, no (348).

(347) No se trata en este momento de pronunciarse en contra de la idea de ver delegaciones en cualquiera de las formas de habilitación legal al Reglamento. Se trata simplemente de negarla en el caso de la deslegalización.

En este sentido es de recordar que la doctrina italiana, pese a partir, porque así lo hacía la Ley 100 de 31-I-1926, del término «Reglamento delegado» —que en parte coincide con el fenómeno de la deslegalización—, negaba que hubiese una delegación y prefería hablar de «Reglamento autorizado». Así, entre otros, vid. M. SANDULLI, *Manuale...*, págs. 47, 51, 52 y 63; S. ROMANO, *Corso...*, pág. 56; G. ZANOBINI, *Corso...*, pág. 106. Pero, en general, aunque no ven en la deslegalización una delegación, sí aceptan que hay una extensión de la potestad reglamentaria por una autorización que le permite superar ciertos límites. Tampoco esto lo aceptaremos nosotros como explicación. Aunque tras la deslegalización, la potestad reglamentaria puede hacer lo que antes tenía prohibido, no hay autorización a superar ciertos límites, sino desaparición de esos límites. El Reglamento que se dicte no tiene ninguna especialidad y no extrae su fuerza de la deslegalización.

El Tribunal Supremo, de acuerdo con la doctrina dominante, la ha calificado como delegación. Así, en la sentencia de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954) se dice que es «forma de delegación legislativa» y en la de 24 de enero de 1986 (R. Ar. 15) se llama a la Ley deslegalizadora «Ley delegante». Pero parece incongruente decir que la deslegalización supone simplemente manipulación del rango de una Ley y, al mismo tiempo, delegación legislativa: o actúa sobre la potestad reglamentaria (y entonces puede hablarse de delegación o habilitación) o actúa sobre la Ley y no tiene sentido hablar de delegación.

(348) Pese a lo que a veces se mantiene, la diferencia entre deslegalización y remisión no guarda ninguna relación con el dato de que la Ley deslegalizadora no contenga una regulación material y la Ley remitente sí. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, pág. 169, y, con T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 275. Esto no es exacto porque: a) la remisión puede realizarse sin que la Ley contenga una regulación material, y b) en la deslegalización, la materia puede seguir básicamente regulada por una Ley a la que el Reglamento no sólo no puede derogar, sino que tenga exclusivamente que desarrollar.

a) La Ley de remisión puede no contener una regulación material, sin dejar de ser por ello una remisión o convertirse en una deslegalización. De hecho, se habla frecuentemente y con total exactitud de «remisiones en blanco» para referirse a los supuestos en que una Ley permite al Reglamento regular una materia sin que aquélla establezca ni siquiera unos principios que construyan a éste a una labor de desarrollo. Si, pese a todo, tal Reglamento no puede derogar una Ley no hay ninguna deslegalización, salvo que se dé entrada a la perturbadora idea de la deslegalización de materias. Vid. *infra*, § 70.

b) Ejemplo de lo segundo lo ofrece, entre otras, la Ley General de Sanidad de 1986, cuya disposición derogatoria 2.ª dispone:

«Quedan degradadas al rango reglamentario cualesquiera disposiciones que, a la entrada en vigor de la presente Ley, regulan la estructura y funcionamiento de instituciones y organismos sanitarios, a efectos de proceder a su reorganización y adaptación a las disposiciones de esta Ley.»

No podrá negarse que contiene una deslegalización y los Reglamentos derogarán Leyes. Pero su contenido consistirá en una reorganización adaptada a las previsiones de

Hay que rechazar también la idea de delegación del poder derogatorio (349) y, sobre todo, la de delegación de una materia (350). Concretamente hay que descartar esta última explicación porque no es esencial a la deslegalización el suponer la entrega de una materia a la potestad reglamentaria.

La regulación de la materia puede seguir presidida por una Ley a la que el Reglamento no podrá modificar en absoluto. Es posible, incluso, que tal Reglamento, aunque pueda derogar una Ley anterior, esté legalmente ordenado a contener sólo el desarrollo de la nueva Ley, fenómeno, por cierto, nada infrecuente (351). Por ello no puede afirmarse con carácter general que a una deslegalización seguirá un Reglamento materialmente independiente: en algunos casos contendrá las normas de desarrollo de una Ley con la única especialidad de poder realizar tal labor modificando otra Ley que todavía seguía vigente (352).

la Ley de Sanidad, que, a estos efectos, juega como cualquier Ley respecto de sus Reglamentos ejecutivos.

Ejemplos en el mismo sentido se encuentran en la disposición final 2.^a3 del texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en la disposición adicional 1.^a de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, etc.

(349) Como explica E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, pág. 169, la abrogación de la Ley anterior no es un poder propio, sino una simple consecuencia de otra operación. Además, la Administración no agota los efectos de la deslegalización con el primer Reglamento que derogue a la Ley.

(350) La idea de delegación de materias la ensayó M. HAURIOU no sólo como explicación de los Reglamentos de Administración Pública, en lo que ahora no entramos, sino también de los Decretos de 1926, en los que parte de la doctrina francesa veía deslegalizaciones. *Précis élémentaires...*, pág. 200. En Italia igualmente se acudió a esta misma idea, contra la que S. ROMANO argüía que «no puede hablarse de delegación en sentido material, como alguno ha afirmado, ya que la materia que forma su objeto permanece realmente atribuida a la autoridad que emana el reglamento». *Corso...*, pág. 56.

Para nosotros no hay aquí delegación de materias, pues en la deslegalización la potestad reglamentaria no ve aumentadas sus posibilidades «por materias» y si tal hubiera no estaríamos ante una deslegalización propiamente dicha, sino ante otra figura para la que tal denominación sería impropia.

(351) A esta hipótesis se refirió R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 132: «... esta figura se utiliza por la ley a otros efectos, como es el de posibilitar la subsistencia de la anterior con rango reglamentario, pero sin que ello implique ampliar sustancialmente el ámbito efectivo de la potestad reglamentaria independiente, en cuanto la nueva Ley viene a contener una regulación de fondo relativa a la misma materia». Ello es cierto, pero esto mismo se hace muy frecuentemente en previsión de futuros Reglamentos. Vid. también J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, 1, pág. 744. Por nuestra parte, ya hemos citado en la anterior nota 348 varios ejemplos en los que, pese a existir deslegalización, la materia está fundamentalmente regulada por una Ley en los que de ninguna manera cabe pensar que la materia quede confiada al Reglamento.

(352) En esta línea parece acertada la STS de 24 de enero de 1986 (R. Ar. 15), en cuyo fundamento 5.º se lee: «La técnica utilizada ha sido la de la deslegalización... El problema que se discute es el de la naturaleza del Reglamento dictado de esta forma: si se trata de un Reglamento ejecutivo o independiente... Hay que señalar que si toda deslegalización equivale a una utilización del Reglamento ejecutivo, sería poco operativa... Por eso la sen-

Es también esto lo que explica que la deslegalización no sea necesariamente incompatible con la reserva constitucional de Ley, pues no afecta siempre a las exigencias de ésta (353). Incluso permite replantear la supuesta prohibición de deslegalizaciones mediante Decretos-leyes (354).

Pese a todo, es obvio que, aunque la deslegalización no es una habilitación normativa la cual normalmente preexiste, es posible que sea la misma Ley deslegalizadora la que contiene, expresa o tácitamente, esa habilitación (355). En tal caso, la Ley no sólo

tencia de 17 de noviembre de 1975 (R. Ar. 4402)... no precisa la clase de Reglamento que pueda ser, pues se admite... que podría hacerse por Reglamento independiente... *Las soluciones*, en consecuencia, *dependerán de la forma en que se haya efectuado la delegación.*»

La misma idea subyace en la doctrina italiana, que, pese a hablar, en los casos de deslegalización, de Reglamentos delegados (o autorizados) conforme a los términos de la Ley 100 de 31 de enero de 1926, reconoce que ni forman una categoría distinta de los ejecutivos e independientes, ni se integran siempre en el mismo de esos dos tipos: los delegados no son otra categoría, sino una subespecie de las anteriores, según G. ZANOBINI, *Curso...*, I, pág. 106; S. ROMANO afirmaba que «de ordinario, los Reglamentos delegados no son sustancialmente diversos de los de ejecución, autónomos o de organización... sino que entran en alguna de estas categorías...». *Corso...*, pág. 56.

También esto es observado por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, I, pág. 744, al señalar que el hecho de que un Reglamento pueda válidamente derogar Leyes anteriores es «un efecto que... puede producirse en cualquiera de los supuestos de colaboración entre ley y reglamento».

(353) Tal incompatibilidad es generalmente declarada. Por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, págs. 275 y 276; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria...*, pág. 131, entre otros. También el Tribunal Supremo. Así, en sentencia de 14 de diciembre de 1988 (R. Ar. 9954) se dice que está prohibida «cuando en la Ley degradada de rango se regulaba algo reservado materialmente a la Ley». También el TC en numerosas sentencias (vid. *infra*, nota 362), pero ello porque está partiendo de una «deslegalización de materias» y no de una deslegalización propiamente dicha.

Sin embargo, se conocen ejemplos de deslegalización en materias reservadas: disposición final 4.ª del Estatuto de los Trabajadores, disposición derogatoria 2.ª de la Ley de Reforma Universitaria... La reserva de Ley queda satisfecha con la existencia de habilitación y una regulación legal que el Reglamento sólo pueda concretar y pormenorizar. Esto puede quedar cumplido aunque además el Reglamento pueda, en esa labor, derogar Leyes anteriores.

(354) Tal prohibición aparece, aunque en términos muy matizados y flexibles, en el fund. 6.º de la STC 29/1982, de 31 de mayo. Pero allí se trataba de una deslegalización en la que, además de permitir derogar anteriores Leyes, los Reglamentos no tendrían ningún límite material, sino que establecerían la regulación libremente. Por el contrario, parecen admisibles los Decretos-leyes deslegalizadores que encomienden a los Reglamentos el desarrollo de una regulación. No son infrecuentes. Un ejemplo correcto de ello lo ofrece la disposición adicional 1.ª del R. Decreto-ley 3/1981, de 16 de enero: «Con el fin de acomodar el sistema de previsión social de los funcionarios de la Administración Local al régimen especial de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, se autoriza al Gobierno para modificar la legislación actualmente vigente...» Se trata, desde luego, de una deslegalización, como reconoce la STS de 24 de enero de 1986 (R. Ar. 15), pero en la que el Reglamento que se dicte, aunque liberado de respetar ciertas Leyes, tiene tasadas y limitadas sus posibilidades a la acomodación a un sistema previsto en otra Ley. La verdad es que la misma STC 29/1982 permite perfectamente esta lectura, aunque en ocasiones se hayan exagerado sus consecuencias.

(355) Frecuentemente, las deslegalizaciones aparecen redactadas como autorizaciones. De ello, sin embargo, no puede deducirse su verdadera naturaleza. Además, en

suprime un obstáculo a la potestad reglamentaria, sino que amplía positivamente sus posibilidades. Pero esto segundo es distinto de la deslegalización, incluso en el caso de que se presente formalmente unido a ella.

§ 69. De todo lo dicho puede concluirse, por expresarlo gráficamente, que la deslegalización no autoriza a la potestad reglamentaria a superar un obstáculo, sino que elimina el obstáculo mismo. Desde esta perspectiva, no hay mucha diferencia para la potestad reglamentaria con el supuesto en que una Ley se limitara a derogar pura y simplemente otra anterior reguladora de materia administrativa y no incluida en ningún tipo de reserva: el Reglamento ya podría contener preceptos contrarios a los derogados y, en ese sentido, las posibilidades de la potestad reglamentaria acrecen. Pero nadie vería en esa derogación una habilitación normativa.

Lo mismo ocurre con la deslegalización, pero en orden inverso: el Reglamento podrá contener preceptos contrarios a los de la Ley hasta entonces vigente y, al hacerlo, provocará su derogación y no cualquier otro efecto (356).

otros casos se formulan como una simple degradación de una ley anterior. En tal hipótesis, en principio, existirá previamente una potestad reglamentaria que, desaparecido el obstáculo que representaba la Ley anterior, es capaz de producir la regulación que la Ley deslegalizadora espera del Reglamento. Por ello, cuando la Administración cuenta anteriormente con habilitaciones normativas suficientes no hay que identificar a la deslegalización con una habilitación, ni verla en ella implícitamente, pues sería superflua. Por el contrario, si no se trata de materia administrativizada o la regulación se incluye en reservas materiales de Ley y no se contaba antes con una habilitación legal específica, entonces habrá que entender que la Ley deslegalizadora contiene implícitamente una habilitación, pues no es pensable que el legislador haga cesar la fuerza legal sin finalidad alguna.

(356) Sobre todo interesa observar que no habrá deslegalización cuando el Reglamento, sin derogar, incida en la efectividad o aplicabilidad de la ley. Con ello se excluyen, por una parte, las leyes de aplicación supletoria para el caso de que no se aprueben Reglamentos, muy frecuentes en la legislación local, pero no exclusivos de relaciones interordinamentales. El Reglamento puede contener preceptos contrarios a la Ley y ser de aplicación preferente sin derogar a aquélla.

Por otra parte, se excluyen aquellas Leyes que permitan al Reglamento modificar a la Ley pero conforme a las reglas que esta misma establece: el Reglamento conseguirá, efectivamente, modificar la Ley y, sin embargo, no alcanza a derogarla ni siquiera en el aspecto modificado, que seguirá vigente, al menos, como parámetro de legalidad de ese Reglamento y de todos los que posteriormente se aprueben. Un ejemplo, que se ha hecho usual en España, es el de las Leyes que prevén sanciones pecuniarias modificables por Reglamentos, pero sólo para su adaptación al incremento del índice de precios al consumo. Sin entrar ahora en su explicación y justificación, de la que nos hemos ocupado en otro lugar, vid. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, op. cit., págs. 687 a 692, lo que aquí debe rechazarse es su configuración como deslegalización.

§ 70. Si bien hay autores que ofrecen una noción de deslegalización radicalmente distinta de la hasta aquí desarrollada, identificándola directamente con la entrega de una materia, para cuya regulación era necesaria en principio una Ley, a la libre disponibilidad del Reglamento (357), lo normal es que se parta del concepto que hemos expuesto en el que se van introduciendo modificaciones hasta hacerlo prácticamente irreconocible. En esta difuminación del concepto hay dos fases.

En primer lugar, se habla de una «manipulación del rango», pero no exactamente del rango de una Ley, del de una concreta regulación legal, sino del de toda una materia sobre la que había incidido una Ley. Es una consecuencia directa de la idea de reserva formal de Ley de todo un ámbito material. La deslegalización es, en esta construcción, la operación contraria y, consecuentemente, aparece como deslegalización de la materia que, supuestamente, había quedado «legalizada». Al mostrarse como tal, la Ley deslegalizadora tiene que presentarse como una entrega incondicional de la materia al Reglamento y, para que ello se cumpla, ha de tratarse de una Ley que no tenga un contenido material, una regulación de la materia, pues si la tuviera ya no estaría entregándola a la libre disponibilidad de la potestad reglamentaria. Se explica, entonces, su configuración como un tipo de delegación legislativa y, sobre todo, su supuesta diferenciación con la remisión normativa: la Ley remitente es una Ley con regulaciones materiales y la Ley deslegalizadora no. Esta, en definitiva, se caracteriza por dos datos: degrada el rango de una materia que antes era legal y no contiene una nueva regulación de la misma que se confía íntegra y libremente al Reglamento (358). Hasta aquí no hay más que las consecuencias directas de la idea, por nosotros rechazada, de la reserva formal de Ley de todo un ámbito material.

(357) Debe citarse aquí a J. L. VILLAR PALASÍ, *Curso...*, 1, págs. 315 y 318, y con J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios...*, 1, págs. 310 a 312. Según ellos, lo que la deslegalización hace es «eliminar la necesidad de Ley formal para regular materias concretas». Incluso aparece expresamente diferenciada de la «autodegradación» (que «tendrá lugar cuando una Ley permita su modificación mediante simple reglamento) y de la «heterodegradación» («reducción de rango de ley, hecha con otra diferente, al objeto de que pueda ser modificada mediante un simple Reglamento»), que, sin embargo, no serían para nosotros nada más que las dos posibles formas de deslegalización.

(358) Todo este planteamiento puede verse desarrollado en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, págs. 155, 156, 168 a 172, y con T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, 1, págs. 274 y 275.

En la segunda fase se prescinde ya de que exista con anterioridad una regulación con rango legal y lo único definitorio en la deslegalización es la total entrega de una materia al Reglamento. Con los presupuestos anteriores, este nuevo paso es casi inevitable, pues, si se trata de abrir a la libre disponibilidad del Reglamento una materia que antes venía vedada, resulta irrelevante que ello se debiera a que existiese una Ley, a que se tratara de materia no administrativa o a cualquier otra causa.

Además, es inevitable también por la clasificación que, prescindiendo de las «recepticias», se hace de las delegaciones legislativas en deslegalizaciones y remisiones y por el concepto que se da de estas últimas (359). Hay supuestos, y son frecuentísimos, en los que la Ley sin contener una regulación de determinada materia, pero sin que existan tampoco Leyes anteriores sobre la misma, se limita a encomendarla libremente al Reglamento. Si es esencial a la remisión el que la Ley contenga una regulación material, esta habilitación no puede ser considerada remisión. Por tanto, como en este esquema no aparece nada más que otra categoría de autorización del Reglamento, tiene que tratarse de una deslegalización, aunque no hubiese ninguna Ley anterior que, supuestamente, hubiera «legalizado» la materia.

Así lo concluye abiertamente GARCÍA DE ENTERRÍA: «Si la Ley que entrega al Reglamento una regulación no contuviese por sí misma reglas materiales... entonces estaríamos en presencia de una simple deslegalización» (360).

Con ello, el dato de la preexistencia de una Ley reguladora de la materia comienza a mostrarse secundario, accesorio. El mismo nombre de «deslegalización» deviene completamente inexpresivo, ya que ni siquiera puede hablarse de una materia previamente «legalizada», salvo que se refiera a aquellas que requerían una Ley a consecuencia de principios distintos, como es la reserva constitucional de Ley. Y es justamente a esto último a lo que ha acabado refiriéndose con frecuencia el concepto de deslegalización: como

(359) Aceptar su consideración como «delegaciones legislativas» y la clasificación de éstas en recepticias, remisiones y deslegalizaciones, que es común en nuestra doctrina, se debe a la sistematización de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Legislación delegada...*, op. cit. (vid. especialmente págs. 129 y 130), y recogida posteriormente, con T. R. FERNÁNDEZ, en *Curso...*, págs. 250 y ss. La remisión normativa aparece ahí caracterizada, entre otros aspectos, por el de que la Ley que la contiene es una Ley con una regulación material directamente aplicable.

(360) *Legislación delegada...*, pág. 156.

descripción de lo que no debe realizar el legislador en las materias constitucionalmente reservadas, sin tener para nada en cuenta si existía o no anteriormente una Ley reguladora de la misma.

Esta terminología, que como mínimo es equívoca, ha sido acogida y desarrollada por el TC hasta hacerla verdaderamente paradójica: no sólo habla de deslegalizaciones sin ninguna Ley anterior a la que deslegalizar (a sus preceptos o a la materia que constituyera su objeto) y ante la simple existencia de reservas constitucionales, sino que identifica «remisión en blanco» con deslegalización. Así resulta que, ante dos únicas categorías —remisión y deslegalización— en principio contrapuestas, la llamada «remisión en blanco» no pertenece a la que su nombre indica, sino a la otra. Si de algo sirve esta terminología es para poner de relieve cómo el proceso recorrido ha llevado a aproximar dos conceptos que eran cualitativamente distintos hasta no mostrar más diferencias que las cuantitativas o de grado: la remisión limita más las posibilidades del Reglamento que la deslegalización; por eso la remisión en blanco es una deslegalización.

En la jurisprudencia constitucional, el punto de arranque se encuentra en la sentencia de 16 de noviembre de 1981, que identifica una habilitación para que reglamentariamente se regule una materia sin indicar criterios ni límites con una «remisión en blanco» y, al mismo tiempo, con una deslegalización: «Esa habilitación constituye una deslegalización» (fundamento 4.º). Pero no había ninguna Ley previa, ni manipulación del rango de ninguna norma ni de ninguna materia por ella regulada.

La sentencia 83/1984, de 24 de julio, realiza precisiones de interés para comprender de qué se habla realmente. Ante una nueva remisión en blanco, el TC afirma que se produce «una verdadera deslegalización de la materia reservada» (fundamento 4.º); pero esto no es una deslegalización, sino que «equivale a una deslegalización» (fundamento 5.º). Habría así una auténtica y propia deslegalización, por una parte, y una deslegalización de materias, por otra. Construcción tan sutil es artificiosa y completamente superflua una vez que se comprende que lo único que hay son reservas constitucionales de Ley que impiden autorizaciones al Reglamento sin restringirlo eficazmente y, por tanto, remisiones en blanco que nada tienen que ver con la deslegalización.

Al comprobar los errores a que conducen esos desacertados términos el TC ha rectificado, pero sólo en parte y quizá con cierta

incongruencia al no desterrar la noción misma de deslegalización de materias, sino únicamente su aplicación fuera de los casos en que preexistiese una regulación legal. Concretamente, en su sentencia 29/1986, de 20 de febrero, afirma:

«... toda operación deslegalizadora supone la reducción del *rango normativo de una materia* regulada por norma de rango legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora de tal manera que a partir de ésta y *en su virtud* puede ser regulada por normas reglamentarias. Esta operación no es imputable al Real Decreto-ley... pues en el momento en que se dictó no existía norma legal alguna... El Real Decreto-ley... no es por tanto, norma deslegalizadora sino habilitante...» (fundamento 2.º) (361).

La insuficiencia de este planteamiento ha llevado al TC a reincidir en su jurisprudencia inicial sin que pueda observarse una modificación relevante (362).

(361) Ciertamente que esta sentencia, al contraponer «norma deslegalizadora» a «norma habilitante», parece colocarse en la línea que nosotros consideramos correcta (vid. *supra*, § 68). Ciertamente que circunscribe la deslegalización a los supuestos en que existiera antes una norma con rango legal, con lo que se separa acertadamente de la jurisprudencia anterior y posterior. Pero sigue manteniendo la idea de deslegalización de materia en la creencia de que la aprobación de una Ley supone la congelación del rango de todo un ámbito material. Todo ello se deduce de la primera frase transcrita: la deslegalización «supone la reducción del rango normativo de una *materia* regulada por norma de rango legal», y no simplemente de esa norma de rango legal. Al hacerlo así se ve obligada a decir que es gracias a la Ley deslegalizadora que el Reglamento podrá regular la materia, aunque no sea para derogar preceptos legales; concretamente, dice: «... *en su virtud* puede ser regulada por normas reglamentarias». Pero si es así es que tiene carácter habilitante. En este contexto, la última frase citada sólo puede ser entendida así: es norma simplemente habilitante y no, además, deslegalizadora. En definitiva, esta sentencia se queda en la primera fase de las dos que hemos descrito en el proceso. Pero ése es un punto de equilibrio inestable que casi inexorablemente lleva, según hemos dicho, a un concepto de deslegalización equivalente a cualquier entrega de una materia a la libre disponibilidad de la potestad reglamentaria.

(362) Pueden citarse en este sentido las siguientes sentencias:

- 37/1987, de 26 de marzo: «Prohíbe esta concreta reserva de Ley toda operación de deslegalización de materias...» (fund. 3.º).
- 99/1987, de 11 de junio: ante lo que califica de «puras y simples remisiones al reglamento, vacías de todo vínculo sustantivo», aprecia que se ha producido una «deslegalización» (fund. 3.º).
- 132/1989, de 18 de julio: ante un artículo que contenía una simple remisión en blanco, dice que «constituye más bien una deslegalización».

También el TS la emplea en alguna ocasión la expresión con este sentido. Por ejemplo, cuando, en su sentencia de 24 de mayo de 1984 (R. Ar. 3132), dice que «se ha producido una deslegalización en materia de agricultura que, más que deslegalización, es el

Nuestro rechazo de este concepto de deslegalización no es gratuito, no responde a simples problemas terminológicos y ni tan siquiera es sólo una consecuencia de la previa negación de la idea de una reserva formal de Ley de todo un ámbito material. Esa noción de deslegalización de materias, además de no responder a ninguna operación legislativa que merezca ser aislada como tal, arruina cualquier intento de sistematización de las relaciones entre Ley y Reglamento y de sus alteraciones. Ya no es sólo, como hemos venido denunciando, que sus diferencias con la remisión sean meramente cuantitativas. Es que en muchos casos se harán imposibles o, peor aún, dependerán de criterios arbitrarios. En concreto, dependerán de la delimitación que se haga de la materia.

Aunque hablamos de materias como si existieran en virtud de una estructuración natural del ordenamiento, es evidente que en el plano en que nos desenvolvemos no es así. En esta perspectiva, podríamos dividir al Derecho, a las regulaciones o a las realidades susceptibles de regulación, en virtud de muchos criterios y tendríamos así, a nuestra elección o a la del legislador, unas materias muy extensas o muy reducidas. Si optamos por lo primero, la entrega al Reglamento de algún aspecto concreto sin que la Ley hiciera otra cosa que fijar el «marco sistemático» sería una remisión. Concretamente, una de las llamadas «remisiones singulares o específicas» en las que, como «no existe una regulación paralela previa con la que confrontar el contenido de la norma reglamentaria», se produce «la aceptación *ab initio* por la Ley delegante de cualquier contenido de la norma reglamentaria remitida» (363). Si optamos por lo segundo, lo que era un aspecto concreto y particular de una materia, se convierte en una materia completa. La Ley que encomendara al Reglamento su regulación aceptando de antemano cualquier contenido porque aquélla no contenía una ordenación paralela, habría deslegalizado la materia. De esta forma, la calificación como una u otra figura acaba estando en función de la extensión que se dé a la materia objeto de regulación legal y reglamentaria (364). El sentido común evitará las conse-

ejercicio de uno de los poderes de la Administración, el poder reglamentario... que en nuestra Constitución se reconoce (art. 97)...

(363) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, pág. 272, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, pág. 163.

(364) Es normal, por ejemplo, ver en el artículo 590 CC una remisión específica. Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, pág. 268. Se entiende que, en la

cuencias más absurdas, pero en cualquier caso se comprende que el criterio de diferenciación es absolutamente inseguro y, por ello, inservible para una clasificación sistemática de las relaciones entre Ley y Reglamento.

El hecho ha sido apuntado acertadamente por SANTAMARÍA PASTOR, quien, refiriéndose a la deslegalización (de materias), afirma que «su frontera con el reglamento ejecutivo es indiscernible: *cualquier remisión al reglamento para regular un punto concreto, una cuestión, un sector, una materia, entraña una deslegalización de la parte no regulada*. Esta puede producirse, pues, en cualquiera de los supuestos de colaboración entre ley y reglamento, incluso en un típico reglamento ejecutivo» (365).

Pero, ante ello, no debemos limitarnos a comprobar estas dificultades e incongruencias. Hay que remontarse a la raíz misma de las confusiones. Es necesario hablar únicamente de deslegalización ante aquella previsión legal por la que, excluyendo su fuerza formal pasiva, el Reglamento podrá derogar normas con rango de Ley. Se debe desterrar la expresión deslegalización de materias. Y, antes que esto, negar incluso la idea de congelación de rango de toda una materia por la simple aprobación de una Ley, pues en ella está ya implícita la consecuencia de ver en las remisiones específicas de esa misma Ley una deslegalización de parte de la materia supuestamente legalizada (366).

Enero, 1990.

materia que es el Derecho Civil, una parte muy concreta son las relaciones de vecindad, y en ella es un aspecto reducido el que se remite al Reglamento por el referido artículo. Pero éste, según se entiende, es la base del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. No se ve claramente por qué no podrá decirse que la materia de las «actividades molestas...» está deslegalizada. A decir verdad, no vemos clara la diferencia entre este supuesto y el que la STC 83/1984, de 24 de julio, consideró una deslegalización de materia.

El artículo 9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, establece: «La utilización de concursos, sorteos, regalos, vales-premios o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios será objeto de regulación específica, fijando los casos, forma, garantía y efectos correspondientes.» Si, como parece, este artículo se está refiriendo a un futuro Reglamento, cabe preguntarse si contiene una remisión específica en materia de defensa del consumidor o de publicidad o, por el contrario, realiza una deslegalización de la materia de los concursos-promoción. Con el criticado concepto de deslegalización de materias no cabe una respuesta segura. Los ejemplos podrían multiplicarse.

(365) *Fundamentos...*, I, pág. 744. La cursiva es nuestra.

(366) No se trata de una consecuencia que creamos que se desprende de ese planteamiento pero que nadie haya llegado a formular; por el contrario, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, de manera perfectamente congruente con toda su construcción, y como ya observamos, afirma que «en el caso de Leyes administrativas que regulan una materia... el sentido de la habilitación que se contiene en las cláusulas genéricas o específicas de remi-

sión a Reglamentos es... una excepción al principio de la congelación del rango o del *contrarius actus...*». *Legislación delegada...*, pág. 159. Queda claro que se trata de una congelación que sólo se ha producido por la aprobación de la misma Ley remitente.

En la misma línea aquí defendida se pronunció J. TORNOS, *La relación entre la Ley...*: «... la remisión en blanco no supone una deslegalización...» (pág. 503). Para él, sólo hay deslegalización cuando hay reducción del rango de una Ley: «Si no existe esta reducción de un contenido normativo previo no cabe hablar de... deslegalización» (pág. 505).

