



CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

VIRIATO, 52	28010 MADRID	914 44 49 20
PONZANO, 15	28010 MADRID	914 44 49 20
G. DE GRÀCIA, 171	08012 BARCELONA	934 15 09 88
ALBORAYA, 23	46010 VALENCIA	963 61 41 99

www.cef.es

info@cef.es

Índice Tema 7

1. Las fuentes del Derecho Administrativo. La jerarquía de las fuentes.
 - 1.1. Concepto.
 - 1.2. Clases de fuentes.
 - 1.3. El ordenamiento jurídico y sus principios ordenadores. la jerarquía y la competencia.
 - 1.3.1. Idea general: la estructura del ordenamiento jurídico.
 - 1.3.2. La dimensión vertical: el principio de jerarquía normativa.
 - 1.3.3. La dimensión horizontal: el principio de competencia.
2. La ley.
 - 2.1. Tipos de leyes.
 - 2.1.1. La Constitución.
 - 2.1.2. Leyes orgánicas.
 - 2.1.3. Leyes ordinarias.
 - 2.1.4. Leyes marco.
 - 2.1.5. Leyes de armonización.
 - 2.1.6. Leyes de las Comunidades Autónomas.
 - 2.2. Reserva de ley.
 - 2.2.1. La doctrina de las materias reservadas a la ley.
 - 2.2.2. La cuestión de las materias reservadas a la ley en la Constitución de 1978.
 - 2.2.3. La reserva de ley en sentido formal (principio de congelación de rango).
3. Disposiciones del ejecutivo con fuerza de ley: decretos legislativos y decretos-leyes.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. La legislación delegada o decretos legislativos.

- 3.2.1. Textos refundidos.
 - 3.2.2. Textos articulados.
 - 3.2.3. Modalidades de control de la legislación delegada.
- 3.3. Los decretos-Leyes.
 - 3.3.1. Concepto y ámbito.
 - 3.3.2. La revisión parlamentaria del Decreto-Ley.
- 4. El reglamento: concepto, clases y límites.
 - 4.1. Concepto.
 - 4.2. Naturaleza.
 - 4.3. Clases de reglamentos.
 - 4.3.1. Consideraciones generales.
 - 4.3.2. La clasificación de los reglamentos por su forma.
 - 4.3.3. La clasificación por el órgano del que emanan los reglamentos.
 - 4.3.4. La clasificación por su relación con la ley.
 - 4.3.5. Reglamentos de la Administración y de otros órganos estatales.
 - 4.4. Fundamento de la potestad reglamentaria.
 - 4.5. Los límites de la potestad reglamentaria.
 - 4.5.1. Los límites formales.
 - 4.5.2. Los límites sustanciales o materiales.
 - 4.5.3. Control de los reglamentos ilegales.
- 5. Otras fuentes del Derecho Administrativo. Las fuentes subsidiarias e indirectas. Especial referencia a la costumbre, Los principios generales del derecho y los tratados internacionales.
 - 5.1. Fuentes subsidiarias.
 - 5.1.1. La costumbre.
 - 5.1.2. Los principios generales del Derecho.
 - 5.2. Fuentes indirectas.
 - 5.2.1. La jurisprudencia.
 - 5.2.2. Tratados internacionales.
 - 5.2.3. La doctrina científica.



CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

VIRIATO, 52	28010 MADRID	914 44 49 20
PONZANO, 15	28010 MADRID	914 44 49 20
G. DE GRÀCIA, 171	08012 BARCELONA	934 15 09 88
ALBORAYA, 23	46010 VALENCIA	963 61 41 99

www.cef.es

info@cef.es

TEMA 7

Las fuentes del Derecho Administrativo. La jerarquía de las fuentes. La ley. Las disposiciones del ejecutivo con fuerza de ley: Decreto-Ley y Decreto Legislativo. El Reglamento: concepto, clases y límites. Otras fuentes del Derecho Administrativo.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES.

1.1. CONCEPTO.

Es tradicional en la ciencia jurídica enfocar el problema de la génesis de las normas en base a la temática de las denominadas fuentes del Derecho. No será ésta la perspectiva que se adopte aquí, dado que el citado concepto de fuentes resulta sumamente confuso y perturbador, además de carecer de consistencia técnica (Santamaría Pastor, al que seguimos en lo esencial en el presente tema).

En efecto, es difícil encontrar en la ciencia del Derecho un concepto más equívoco que el de fuentes del Derecho, dada la pluralidad de significados que al mismo se han atribuido. Entre ellos cabe recordar los siguientes:

1. La fuente del Derecho en singular, esto es, «la causa última del Derecho, la raíz de todo lo jurídico, el fundamento de la realidad del ordenamiento jurídico» (F. de Castro).
2. Las fuentes del Derecho positivo, esto es, «las fuerzas sociales que producen legítimamente, dentro de una organización jurídica, los distintos tipos de normas jurídicas que constituyen su ordenamiento» (F. de Castro).
3. Las fuentes de producción, esto es, «aquellos hechos o actos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas» (N. Bobbio).
4. Las fuentes de conocimiento, esto es, «los modos a través de los cuales se ofrece la posibilidad de conocer las reglas emanadas de las fuentes de producción» (C. Mortati). Un concepto este sumamente ambiguo, que puede hacer referencia tanto a los documentos o materiales en los que se contienen, describen o analizan las normas (Boletines Oficiales, libros de Derecho en



general), cuanto a las diversas formas de presentación e identificación de los textos donde se contienen las normas (p. ej., la ley, el reglamento, etc.); por ello mismo, algunos autores reservan para este segundo significado el nombre de fuentes de manifestación.

5. Las fuentes de la decisión judicial, esto es, «todas aquellas ideas que en realidad ejercen influencia sobre los órganos de creación jurídica (los Jueces), como, por ejemplo, normas morales, postulados políticos, doctrinas jurídicas, opiniones de jurisperitos, etc.» (H. Kelsen).

Aunque ninguna de estas fórmulas lingüísticas es, en sí misma, absolutamente incorrecta, su inconsistencia técnica es manifiesta. Varias de ellas, en primer lugar, hacen referencia a hechos o circunstancias ajenas, en lo sustancial, al mundo del Derecho: la primera (fuente del Derecho) alude a una cuestión metafísica, cuál sea el fundamento último del Derecho; la quinta, a un problema de sociología del Derecho; y la cuarta es un concepto puramente material.

Las dos restantes acepciones ofrecen un interés algo mayor, pero no por ello resultan asumibles. De la segunda (fuentes del Derecho positivo, como fuerzas sociales productoras de normas) cabe decir que, además de plantear una cuestión de sociología jurídica, más que de Derecho, contiene en sí misma una petición de principio, al intentar presentar erróneamente a la fuente como un antecedente lógico de la norma, cuando lo que ocurre es exactamente lo contrario: en efecto, la determinación de cuáles sean, en cada ordenamiento jurídico, «las fuerzas sociales que producen legítimamente... los distintos tipos de normas jurídicas» es algo que sólo puede ser hecho, a su vez, por una norma; y si se presume que esta norma debe provenir de una fuente, y ésta, a su vez, de otra norma, el concepto nos conduce a una cadena sin fin de «teorías de las fuentes de las fuentes» (E. Parese). En el fondo, tras cada fuente existirá siempre una norma.

Por su parte, la tercera acepción es la más común de la doctrina y, sin embargo, la más débil de todas, por su misma innecesariedad. El concepto de fuentes de producción es, en efecto, un puro circunloquio, porque los «hechos o actos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas» no son otra cosa, dicho lisa y llanamente, que normas jurídicas. Tenía razón, por ello, Kelsen, cuando concluía su crítica al concepto diciendo que «en vez de una expresión figurada y equívoca, debiera introducirse un término capaz de describir de manera clara y directa el fenómeno que se tiene presente», esto es, el de norma jurídica.

Con estas reflexiones no se pretende, por descontado, descalificar como inútil toda la teorización acerca de las fuentes del Derecho: antes bien, todas y cada una de las acepciones que hemos glosado hacen referencia a problemas cruciales que interesan directa o indirectamente a la ciencia jurídica. Lo que quiere decirse es que plantear la temática de las normas jurídicas desde la óptica de sus «fuentes» constituye un enfoque metodológico confuso e históricamente superado: la teoría de las fuentes fue, como es notorio, una construcción de la escuela histórica del Derecho (principalmente, de F. K. von Savigny), tendente a justificar dialécticamente la tesis del origen popular del Derecho frente al voluntarismo racional y estatalista de la Revolución Francesa. Mantenerla hoy es una opción metódica, perturbadora e innecesaria, en la medida en que los problemas que se hallan en su trasfondo pueden recibir un tratamiento más preciso desde otra perspectiva (Santamaría Pastor).

Dicho planteamiento, que parte de una observación elemental de la realidad jurídica, puede describirse en términos muy simples. El sistema normativo se encuentra compuesto básicamente por las que de forma habitual, aunque no muy precisa, se denominan normas escritas (la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.); esto es, por normas dictadas formalmente por los órganos y poderes públicos integrantes del sistema jurídico a los que el propio sistema ha atribuido dicha potestad normativa (el Parlamento, la Administración estatal, las Comunidades Autónomas y entes locales, etc.), y cuya

existencia y contenido constan de modo inequívoco merced a un acto de publicidad solemne que marca el comienzo de su vigencia (inserción en Boletines Oficiales). Este conjunto de normas constituye lo que podríamos llamar, a los meros efectos de esta explicación, el bloque de la normación formal o sistema normativo en sentido estricto.

Pero el mundo de las normas no se agota en este bloque de la normación formal: junto a éste, los diversos sujetos y organizaciones que integran el sistema jurídico y el sistema social elaboran, en su funcionamiento cotidiano, pautas de conducta, normas y proposiciones prescriptivas de muy diversa naturaleza que forman lo que podríamos llamar el bloque de la normación difusa. A este bloque pertenecen los fenómenos que la doctrina tradicional de las fuentes conoce con los nombres de costumbre y principios generales del Derecho.

La distinción entre los bloques de normación formal (o escrita) y difusa coincide con la que la doctrina española suele hacer entre fuentes directas e indirectas o subsidiarias.

Las relaciones entre estos dos bloques son complejas; bastante más de lo que habitualmente se pretende. Simplificadamente, pueden describirse así: en principio, los problemas y conflictos de la vida real deben ser resueltos conforme a las normas del primer bloque, en cuanto emanación directa de los poderes públicos legítimos (principio de estatalidad del Derecho). Sin embargo, esto no ocurre exactamente así: de una parte, las normas formales admiten que, en determinadas condiciones y circunstancias, algunos elementos del bloque de normación difusa se utilicen por los órganos públicos para resolver conflictos como si fuesen normas formales (así, la costumbre, «en defecto de ley aplicable», y los principios generales del Derecho, «en defecto de ley o costumbre», art. 1, apdos. 3 y 4 Código Civil -CC-). De otra, no obstante, los elementos del bloque de la normación difusa no se limitan a actuar en aquellos casos en que son reclamados por las normas formales con carácter subsidiario de éstas: de hecho, lo quiera o no el legislador, la resolución de los conflictos tiene lugar siempre en un proceso complejo (llamado convencionalmente de interpretación y aplicación del Derecho) en el que los diversos operadores jurídicos (Tribunales, Administración, abogados, doctrina científica, etc.) utilizan simultáneamente normas y elementos del bloque de normación formal y del bloque de la normación difusa con el fin de construir una solución justa y adecuada al caso. Tal es el fenómeno al que muy imprecisamente quiere referirse al artículo 1.4 del Código Civil cuando afirma que los principios generales del Derecho tendrán, también, «carácter informador del ordenamiento jurídico».

De los dos bloques que acabamos de distinguir, el de la normación formal constituye el tronco central del sistema normativo (no en balde la doctrina tradicional suele calificar a las normas que lo componen de fuentes directas o primarias). Ahora hemos de ocuparnos del bloque de normación difusa.

Para ello, analizaremos sucesivamente los dos tipos de disposiciones en que de forma habitual se resume este segundo bloque: la costumbre y los principios generales del Derecho, que estudiaremos bajo el epígrafe de «Fuentes no escritas».

1.2. CLASES DE FUENTES.

Como dice Garrido Falla, son fuentes del Derecho Administrativo «aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho Administrativo se manifiesta en su vigencia».

La teoría de las fuentes del Derecho, en general, como las del Derecho Administrativo, en particular, comprende y abarca dos grandes grupos de problemas: el de la determinación y análisis de las fuentes propiamente tales, esto es, cuáles son las formas en que se manifiesta la *potestas normandi*, y el de su ordenación recíproca, su jerarquía respectiva.

El primero de los problemas enunciados nos permite clasificar las fuentes del Derecho Administrativo en fuentes escritas, como la ley y el reglamento; no escritas, como la costumbre y los principios generales del Derecho; e indirectas, como la jurisprudencia y los tratados internacionales.

Interesa ahora colocar en un orden jerárquico y escalonado las distintas fuentes que se acaban de enumerar. Para ello, Garrido Falla maneja dos criterios fundamentales: el criterio de la primacía del Derecho escrito, y el criterio de la jerarquía del órgano de que emana la regla escrita de Derecho.

Por aplicación del primer criterio, las fuentes no escritas van a quedar relegadas en el Derecho Administrativo a la categoría de fuentes subsidiarias. Esto es, desde luego, rigurosamente cierto si se pone en contraste la ley formal (constitucional u ordinaria) con la costumbre: pues, aun dando por su puesta la solución positiva al problema de su existencia en Derecho Administrativo, únicamente será posible acudir a ella en defecto de regulación expresa legal, sin que, por lo demás, pueda admitirse una costumbre *contra legem*. Pero esta misma preeminencia debe reconocerse, frente a la costumbre, a cualquier disposición administrativa de carácter general dictada por órgano competente para ello.

Por lo que se refiere a los principios generales del Derecho, también debe decirse, en términos generales, que su aplicación es subsidiaria y que, por tanto, sólo podrán ser invocados a falta de texto jurídico escrito aplicable a la cuestión controvertida.

Y por lo que se refiere a otras fuentes, como la jurisprudencia y los tratados internacionales, ya se ha señalado que sólo tienen un valor indirecto en Derecho Administrativo, por lo que su enumeración queda al margen del estricto problema de la jerarquía de las fuentes, que queda entonces establecida de la forma que veremos a continuación.

1.3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS PRINCIPIOS ORDENADORES. LA JERARQUÍA Y LA COMPETENCIA.

1.3.1. Idea general: la estructura del ordenamiento jurídico.

El elemento primario del sistema normativo está constituido por las normas jurídicas. El hecho de su pertenencia e inserción en una totalidad estructurada supone que todas y cada una de estas normas se hallan conectadas recíprocamente por una espesa red de principios y relaciones, cuya utilización conjunta nos permite construir un modelo de sistema, esto es, la estructura de nuestro sistema normativo. En esta estructura cabe distinguir:

- Una dimensión vertical, determinada por la subordinación de unas normas a otras en función de su mayor o menor rango o fuerza de obligar respectiva; su expresión es el principio de jerarquía normativa.
- Una dimensión horizontal, determinada por el diverso origen subjetivo de las normas en los diferentes entes públicos que integran el Estado global; su expresión es el principio de competencia.
- Una dimensión de profundidad, determinada por la diversificación de las normas (de cada rango y origen) en función del procedimiento exigido para su elaboración y aprobación; su expresión es el principio de especialidad procedimental.
- Y una dimensión temporal, determinada por el diverso momento en el que cada norma adquiere validez y vigencia; su expresión es el principio de sucesión cronológica o de posterioridad.

Aquí tan sólo nos corresponde estudiar los dos primeros y a ellos nos limitaremos.

1.3.2. La dimensión vertical: el principio de jerarquía normativa.

De todos los principios de relación internormativa, el de jerarquía es, sin duda, el más importante. Un principio, en cierta forma, clásico en el plano de las ciencias sociales, pero cuya aplicación al sistema normativo estatal es, sin embargo, bastante reciente. En España es de recepción tardía (la primera expresión legislativa formal del mismo se encuentra en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado -LRJAE- de 1957), pero ha llegado a adquirir una solemne consagración constitucional: «La Constitución garantiza... la jerarquía normativa» (art. 9.3 CE), aparte de aparecer en el pórtico mismo del Código Civil: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (art. 1.2).

La temática del principio de jerarquía no puede agotarse en unos pocos párrafos: su extraordinaria eficacia y amplitud lo harán aparecer recurrentemente en todo el Derecho Administrativo. Debemos conformarnos, pues, con una somera alusión a dos de sus aspectos fundamentales: su ámbito y su contenido material.

1. La primera precisión que requiere el ámbito del principio de jerarquía es que su eficacia se encuentra limitada, dentro del sistema normativo general, a la relación entre las normas que integran cada uno de los subsistemas en que éste se divide. Sólo en el interior de éstos juega el principio de jerarquía. El principio ordenador de las relaciones entre normas de distintos subsistemas es el denominado de competencia, al que después se aludirá. Una ley del Estado, pues, no es jerárquicamente superior a un reglamento de una Comunidad Autónoma, ni a la inversa.

Ahora bien, en el sistema normativo general y dentro de cada subsistema el principio de jerarquía opera de forma bastante simple:

- Para comenzar, todo el sistema normativo general está construido a partir de un vértice supremo, la Constitución, norma jerárquicamente superior a todas y cada una de las normas que integran aquél.
- Las normas con rango de ley se encuentran en posición de subordinación jerárquica frente a la Constitución, pudiendo ser declaradas nulas por el Tribunal Constitucional las que de cualquier forma infrinjan sus preceptos (art. 164 CE y arts. 38 y 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -LOT-). Esta subordinación es lineal y paritaria: es decir, no existe subordinación jerárquica entre los diversos tipos de normas con rango de ley, cuyas relaciones recíprocas se rigen, como veremos, por el principio de competencia y también por el principio de especialidad procedimental.
- Los reglamentos, dentro de cada subsistema normativo, se encuentran en posición de subordinación jerárquica frente a las normas con rango de ley (y, por supuesto, frente a la Constitución), siendo nulos los que contravengan sus preceptos (art. 106.1 CE y art. 62.2 LRJ-PAC). Sin embargo, y contrariamente a lo que sucede con las leyes, los diversos tipos de reglamentos están jerarquizados entre sí, hallándose su rango en función del nivel del órgano del que emanan (p. ej., la Orden dictada por un Ministro es jerárquicamente inferior al Decreto, dictado por el Gobierno).

2. En cuanto al contenido material del principio de jerarquía, puede sintetizarse en dos tipos de consecuencias, de orden positivo y negativo.

Las consecuencias positivas consisten en la atribución a cada norma, por el hecho de su colocación en un determinado nivel de la escala jerárquica, de un cierto grado de capacidad innovadora, activa y pasiva, frente a las restantes normas que constituyen el sistema: activamente, la norma de un rango jerárquico determinado puede modificar o derogar válidamente todas las que se encuentren en un mismo nivel o en niveles inferiores (salvo que se hallen protegidas por los principios de competencia o de especialidad procedimental); pasivamente, dicha norma no puede ser válidamente modificada y derogada más que por las del mismo o superior nivel (con idéntica salvedad), pero no por las de nivel jerárquico inferior (p. ej., una ley dictada por las Cortes puede modificar un Decreto-Ley -y a la inversa-, así como cualquier tipo de reglamento; pero el reglamento no puede modificar la ley).

Por su parte, las consecuencias negativas ya fueron expuestas con anterioridad: la infracción por una norma del principio de jerarquía (p. ej., modificación de una ley por un reglamento) determina su nulidad (art. 39.1 LOTC y art. 62 LRJ-PAC), que podrá ser declarada con efectos *erga omnes*, por el Tribunal competente en cada caso.

1.3.3. La dimensión horizontal: el principio de competencia.

Las normas que integran un sistema normativo no se relacionan entre sí en función exclusiva del principio jerárquico. Este criterio es en sí mismo insuficiente para explicar técnicamente dos hechos: primero, el que la Constitución (y, en su caso, normas de rango inferior a ella) atribuya específicamente a un ente u órgano concreto, con exclusión de los demás, la potestad de dictar determinadas normas o de regular determinadas materias. Y segundo, el que la Constitución establezca, dentro del sistema normativo general, subsistemas correspondientes a entes públicos específicos, cada uno de ellos separado y dotado de propia identidad, cuyas normas no pueden ser interferidas, modificadas ni derogadas, más que por las propias del subsistema. En uno y otro caso se produce un acotamiento de ámbitos dentro del sistema general.

El primero de los fenómenos citados es antiguo, pero sólo recientemente se le ha contemplado con sustantividad. Los ejemplos son múltiples: así, cuando el artículo 72.1 de la CE dice que: «Las Cámaras (legislativas) establecen sus propios reglamentos», está acotando un ámbito prohibido a la acción de cualquier norma; cada Cámara debe aprobar separada y autónomamente su propio reglamento parlamentario; una función esta que no puede cumplir un reglamento del Ejecutivo, desde luego, pero tampoco una ley, de cualquier clase que sea, por cuanto la ley emana de ambas Cámaras. Otro ejemplo: cuando el artículo 2.2 de la LOTC dispone que: «El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios», está desapoderando de esta función al Ejecutivo (que de otra forma podría dictarlos en desarrollo reglamentario de la LOTC), e incluso al propio Parlamento, salvo que por otra ley orgánica se modifique este precepto.

El segundo fenómeno es mucho más importante. La CE ha implantado una estructura estatal basada en la coexistencia de un conjunto de entidades territoriales, dotadas de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (Comunidades Autónomas, provincias y municipios: art. 137 CE); todas ellas gozan de potestad normativa, y muy especialmente las Comunidades Autónomas, a las que se dota de auténtica potestad legislativa. Pues bien, cada uno de estos entes viene a constituir un subsistema normativo propio y separado de los demás y del sistema general del Estado; un subsistema compuesto por una norma de cabecera (el Estatuto, para cada Comunidad Autónoma; la Ley de las Bases del Régimen Local -LBRL-, como norma de cabecera común a todas las provincias y municipios) y por las normas que en base a aquélla dicte cada entidad (leyes y reglamentos, las Comunidades Autónomas; sólo reglamentos, las provincias y municipios). Es por ello, que decíamos que el sistema normativo estatal no se compone simplemente de normas, sino de normas integradas en subsistemas.

Es notorio que, dadas estas atribuciones específicas y excluyentes de potestad normativa, así como esta integración previa e inmediata de las normas en subsistemas, el principio de jerarquía no puede explicar las relaciones entre dichas normas, porque éstas no se integran en la escala jerárquica general (Constitución, leyes, reglamentos), sino que sólo se subordinan a la norma atributiva de la competencia y a las superiores de ella (p. ej., los reglamentos internos del Tribunal Constitucional no están jerárquicamente subordinados a las leyes, sino sólo a la LOTC y a la CE, norma superior a ésta; las leyes de una Comunidad Autónoma, por su parte, no están subordinadas a todas las leyes del Estado, sino sólo al respectivo Estatuto de Autonomía y a la Constitución). Es esta situación de separación y exclusión, de no relación jerárquica con normas de otros subsistemas, lo que ha venido a designarse con el nombre de principio de competencia.

El contenido del principio de competencia se deduce sin dificultades de lo ya expuesto. Positivamente entraña una protección singular de las normas frente a las demás del sistema normativo, de igual o superior nivel, las cuales no pueden modificar ni derogar aquéllas, salvo si se trata de la misma norma atributiva de la competencia u otra de igual naturaleza (p. ej., el reglamento del Congreso sólo puede ser alterado por una modificación que el propio y solo Congreso haga al mismo o por una reforma constitucional, pero no por una ley), o por los procedimientos propios del subsistema normativo (p. ej., una ley del Estado no puede modificar ni derogar un reglamento de una Comunidad Autónoma; éste, en cambio, puede ser modificado o derogado por otro reglamento del mismo rango o por una ley de la propia Comunidad; o, por supuesto, mediante una reforma del Estatuto de Autonomía o de la Constitución). Entre unas y otras, pues, no juega el principio de jerarquía normativa. Y, negativamente, el principio determina la creación de un ámbito competencial inmune, cuya vulneración por la norma de otro subsistema o por una norma dictada por un ente u órgano distinto al específicamente competente determina la nulidad de éstas, precisamente por falta de competencia para ello (p. ej., un reglamento del Estado dirigido a modificar un reglamento de una Comunidad Autónoma es nulo, e igualmente ocurre a la inversa).

2. LA LEY.

Analizadas en epígrafe anterior las fuentes del Derecho Administrativo, nos proponemos en éste analizar la más importante de ellas: la ley.

Existen dos acepciones del concepto de ley:

- a) Amplia o ley material, por la que se entiende toda norma escrita que tenga rasgos de generalidad y se contraponga a la costumbre y los principios generales del Derecho.
- b) Estricta o ley formal, que es una especie de la anterior, por la que se entiende toda norma escrita emanada del poder que tiene atribuida la suprema potestad legislativa, el Parlamento, como órgano de expresión de la soberanía popular. En la definición de García de Enterría y Ramón Fernández: «Acto publicado como tal ley en los Boletines Oficiales del Estado y de las Comunidades Autónomas, que expresa un mandato normativo de los órganos que tienen atribuido el poder legislativo superior».

La característica más acusada del concepto de ley en sentido formal es la de su plusvalor, al distinguirse de las restantes normas por su especial fuerza y por el rango que ocupa en la jerarquía normativa, ya que sólo tiene como límite los preceptos constitucionales.

La diversidad de leyes hace necesario establecer una clasificación que en nuestro ordenamiento se configura del siguiente modo:

1. Ley constitucional.
2. Leyes orgánicas.
3. Leyes ordinarias donde incluimos las leyes marco, leyes de armonización y leyes de las Comunidades Autónomas.
4. Disposiciones del Gobierno con fuerza de ley.

A las tres primeras modalidades nos referimos en la siguiente pregunta, para analizar los Decretos-Leyes y los Decretos Legislativos en la última pregunta del tema.

2.1. TIPOS DE LEYES.

2.1.1. La Constitución.

Las leyes constitucionales ocupan el escalón supremo de la jerarquía normativa en cualquier sistema jurídico. En nuestro ordenamiento jurídico este vértice de la pirámide normativa está constituido por la Constitución Española de 1978, que ha venido a sustituir, derogándolas, a las siete Leyes Fundamentales del anterior Régimen. Dos notas fundamentales caracterizan y determinan el valor jurídico de la Constitución: constituir la superlegalidad formal y la superlegalidad material.

2.1.1.1. Constituye una superlegalidad formal.

En cuanto que para su reforma o modificación se establecen especiales dificultades. Esta materia viene regulada en los artículos 166 a 169 de la CE.

Conforme al artículo 166: «La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87». Artículo en el cual se prevén tres iniciativas legislativas distintas:

1. La que corresponde al Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado.
2. La iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas.
3. La iniciativa legislativa popular, que se regulará por una ley orgánica, exigiéndose no menos de 500.000 firmas acreditadas. En todo caso, se exceptúan de esta última forma de iniciativa legislativa ciertas materias como las tributarias, las de carácter internacional, las propias de ley orgánica y las relativas a las prerrogativas de gracia.

Por lo demás, al remitir el artículo 166 de la CE a los apartados 1 y 2 del artículo 87, lo que hace es equiparar la iniciativa legislativa ordinaria con la iniciativa para la reforma constitucional, si bien prohibiendo en este último caso la iniciativa popular. Así, pues, la iniciativa para la reforma queda centrada en el Gobierno, en el Congreso, en el Senado y en las Asambleas de las Comunidades Autónomas.

La reforma constitucional es la pieza clave de todo el sistema de garantías y de la propia vida y superioridad de la Constitución. Es a través de ella como la Constitución adquiere el rango de «Lex Superior». Se trata de crear un sistema que, por un lado, no permita fáciles modificaciones de la mis-

ma (dificultar una Constitución demasiado flexible) y, por otro, no impida la realización de ciertas modificaciones que la experiencia o las necesidades políticas hagan aconsejables o necesarias. (No hacer una Constitución demasiado rígida).

Con la finalidad contenida en las anteriores consideraciones se ideó el procedimiento recogido en los artículos 167 y 168 de la CE, que nos permite distinguir entre reformas esenciales y no esenciales de la Constitución.

A) Reforma no esencial.

Dispone el artículo 167 de la CE que: «Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras».

B) Reforma esencial.

Contempla esta cuestión el artículo 168 de la CE, que establece un procedimiento especial de reforma para determinados preceptos de la Constitución, mucho más riguroso y complejo que el establecido en el artículo anterior.

En efecto, dispone el artículo 168 que: «Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1.ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación».

Finalmente, el artículo 169 de la CE recoge el único límite explícito a la reforma constitucional al decir que: «No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116» (es decir, los estados de alarma, de excepción o de sitio).

2.1.1.2. Constituye una superlegalidad material.

Con lo que se quiere indicar que su rango es superior al de las demás leyes. El carácter de «Ley Superior» de nuestra Constitución indica claramente que cuando una ley ordinaria entra en conflicto con ella, la Constitución debe prevalecer.

Ello nos plantea el problema de la inconstitucionalidad de las leyes. La anulación de las leyes ordinarias por inconstitucionalidad se inició por la práctica jurisprudencial americana y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se extiende a casi todos los ordenamientos jurídicos el recurso de inconstitucionalidad.

En España, sin embargo, hasta nuestra vigente Constitución, no existió tal recurso de naturaleza jurídica, pues el recurso de contrafuero (establecido por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y regulado por la Ley de 5 de abril de 1968) era un recurso de naturaleza más bien política que jurídica, pues sólo podía ejercitarlo la Comisión Permanente de las Cortes y el Consejo Nacional del Movimiento; además no fallaba ningún Tribunal sino el Jefe del Estado.

En resumen, pues, hay que llegar a la conclusión que en España la superlegalidad material de las Leyes Fundamentales, desde el punto de vista práctico, era relativa y limitada.

Hoy día, sin embargo, la superlegalidad material de la Constitución viene claramente aludida en el artículo 161 de la misma al señalar que el Tribunal Constitucional, con jurisdicción en todo el territorio español, es competente para conocer, entre otros, del recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Añadiendo el artículo 162 que están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

De los párrafos aludidos en estos dos artículos se observa claramente que el Tribunal Constitucional ocupa una posición preeminente entre los órganos del Estado al convertirse en el auténtico «guardián de la Constitución»; y, por otro lado, que se ha querido establecer un criterio restrictivo de legitimación al introducir el *numerus clausus* en cuanto a las personas u órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad.

«Una ley orgánica -dice el art. 165- regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones». Dicha ley orgánica ha sido ya promulgada el 3 de octubre de 1979 desarrollando el mandato constitucional.

2.1.2. Leyes orgánicas.

2.1.2.1. Regulación general.

La figura de las leyes orgánicas es una de las novedades más sobresalientes de la Constitución de 1978, y también, una de las más complejas y discutibles. En una primera aproximación, pueden describirse como un tipo especial de leyes para cuya aprobación se requiere un *quórum* especialmente reforzado en el Congreso de los Diputados, por referirse a materias a las que la Constitución otorga una particular relevancia. Son, pues, dos las notas que las caracterizan: una nota material (el ámbito a que se refiere) y una nota formal (el procedimiento de elaboración).

Desde el punto de vista material, en primer lugar, las leyes orgánicas deben referirse necesariamente (o, lo que es lo mismo, sólo pueden ser dictadas) a las materias expresamente previstas en la CE; de acuerdo con su artículo 81.1: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». Este precepto diseña lo que podríamos llamar el ámbito necesario de actuación de las leyes orgánicas; dichas leyes han de regular necesaria-

mente estas materias, de tal forma que su regulación no puede ser llevada a cabo mediante leyes ordinarias; pero, a la inversa, las leyes orgánicas no pueden operar fuera de estas materias, siendo inválidas en la medida en que regulen cuestiones no comprendidas en la enumeración del artículo 81 o materias en las que otros preceptos de la CE las exigen (p.ej.; arts. 92; 104.2; 107; 116; 122; 136.4; 141.1; 144; 150.2; 157.3; 165; etc.), salvo que se trate de temas conexos con la regulación principal.

Por otro lado, las leyes orgánicas se caracterizan por un dato formal, cual es el procedimiento exigido específicamente para su aprobación. De acuerdo con el apartado segundo del artículo 81 de la CE, «la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto». Éste es el único requisito que caracteriza a la ley orgánica: el texto de la misma deberá ser votado globalmente en el Congreso, por la mayoría cualificada citada; la ley orgánica no precisa ser aprobada por mayoría especial alguna en el Senado, siguiendo en esta Cámara el procedimiento normal al que posteriormente nos referiremos.

La figura de las leyes orgánicas fue tomada de la Constitución francesa de 1958. Las diferencias entre ambos ordenamientos en este punto son, sin embargo, notorias. En lo material, las leyes orgánicas del país vecino se refieren exclusivamente, de forma coherente con su nombre, a la organización de determinados poderes públicos (p.ej.: Tribunal de Casación, Consejo Constitucional, Consejo Económico-Social), en tanto que, entre nosotros, se refieren también a materias no organizativas. En lo formal, su procedimiento de aprobación no difiere del de las leyes ordinarias, salvo que, en caso de discrepancia entre la Asamblea Nacional y el Senado, ésta sólo puede resolverse por la primera mediante un *quórum* reforzado (y, además, deben someterse necesariamente al dictamen del Consejo Constitucional antes de su aprobación).

Estas diferencias con el modelo escogido responden a una diversa filosofía. En España, la técnica de las leyes orgánicas respondió al propósito político de prolongar en el tiempo el consenso entre partidos que presidió la elaboración del texto constitucional de 1978; suponiendo que ningún partido obtendría en plazo breve la mayoría absoluta en el Congreso, la aprobación de las leyes orgánicas exigirá forzosamente un pacto entre diversas fuerzas, garantizándose así que el desarrollo constitucional en puntos sensibles no se efectuará desde una perspectiva unilateral.

El desarrollo de los acontecimientos ha demostrado que la finalidad pactista perseguida no se ha conseguido en la práctica. Y en el plano puramente jurídico, la figura ha introducido un factor considerable de perturbación, como lo demuestra la abundante literatura científica recaída sobre la misma y las polémicas de que está siendo objeto; la principal de ellas, la relativa a su rango jerárquico (esto es, si es superior o el mismo que el de las leyes ordinarias), cuestión en que la doctrina se encuentra totalmente dividida.

Así, para un grupo de autores encabezados por García de Enterría, las leyes orgánicas no tienen rango superior a las leyes ordinarias, ya que entre ellas no cabe hablar de relación de jerarquía sino de separación, por tener un distinto ámbito competencial.

Frente a esta opinión, Garrido Falla, partiendo del especial régimen de aprobación y modificación (mayoría absoluta), y del hecho de que la regulación de las materias de mayor trascendencia están reservadas a ley orgánica, defiende la superioridad jerárquica de estas normas sobre las leyes ordinarias.

2.1.2.2. Los Estatutos de Autonomía.

Los Estatutos de Autonomía son una de las posibles categorías de leyes orgánicas (recuérdese el art. 81.1 CE antes transcrito) y la más importante de las normas encuadradas en este segundo bloque.

Los Estatutos son, sin duda, normas estatales, a través de las cuales se provee de una normativa básica a cada una de las distintas Comunidades Autónomas que se constituyan en el territorio nacional, al amparo del Título VIII de la CE.

La diferencia de los Estatutos respecto de las restantes leyes radica, de una parte, en su específico objeto, cual es el contener las normas básicas de estructura, competencias y funcionamiento de las Comunidades Autónomas; y, de otra, en su distinto procedimiento de elaboración, distinto según se trate de Estatutos de Autonomía ordinarios (esto es, los aprobados al amparo de los arts. 143 a 146 CE), o de Estatutos de Autonomía especiales (los aprobados de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 151 del Texto Fundamental).

2.1.2.3. Leyes de transferencia o delegación.

Por contraposición a las leyes marco, las leyes llamadas de transferencia o delegación suponen una ampliación de ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas.

De acuerdo con el artículo 150.2 de la CE, que las regula: «El Estado podrá transferir o delegar a las Comunidades Autónomas, mediante Ley Orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación».

Ha de observarse, según lo dispuesto en el artículo 150.2, que estas leyes de transferencia o delegación han de poseer carácter orgánico, esto es, ser aprobadas como tales leyes orgánicas.

2.1.3. Leyes ordinarias.

Constituyen el tercer escalón de la jerarquía normativa. Habiendo desaparecido ya, tras la Constitución, las llamadas leyes de prerrogativas (las que podía dictar el anterior Jefe del Estado sin la colaboración de ningún otro órgano del Estado, en virtud de los poderes que le otorgaban las derogadas Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939), sólo quedan ya como tales leyes ordinarias las Leyes de Cortes, es decir, las que emanan del órgano legislativo ordinario que son las Cortes Generales, formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, según preceptúa el artículo 66 de la Constitución.

Constitucionalmente, cabe distinguir con arreglo al artículo 75 de la CE entre leyes de Pleno y leyes de Comisión, ya que según dicho artículo: «Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones.

Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado».

Importante texto el transcrito que por su meridiana claridad no precisa de mayor comentario; indicando tan sólo que en numerosas ocasiones las leyes son aprobadas por el Pleno, no actuando las Comisiones más que como órgano de preparación de la aprobación plenaria.

Por lo demás, el procedimiento de elaboración de las leyes puede iniciarse bien por las propias Cámaras en cuyo caso recibe el nombre de «proposición de ley», cuya tramitación se regulará por los reglamentos de las Cámaras (art. 89), o bien por el Consejo de Ministros, en cuyo caso, se denomina «proyecto de ley», que envía al Congreso para su estudio, elaboración y, en su caso, aprobación (art. 88).

Por otro lado, el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, establece el procedimiento de la iniciativa legislativa del Gobierno.

En relación con el texto de los aludidos artículos, sólo cabe insistir en la «prioridad» que el artículo 89 concede a la iniciativa legislativa del Gobierno sobre la iniciativa de las Cámaras.

La actuación legislativa del Senado viene regulada por lo dispuesto en el artículo 90, al decir: «Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste.

El Senado en el plazo de dos meses, y a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.

El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de 20 días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados».

Parece, pues, a la vista de lo transcrito, que este artículo reduce a una mera labor de revisión la función legislativa del Senado.

Y, finalmente, tras esta actuación legislativa del Senado, el último estadio en el proceso de elaboración de las leyes corresponde a la sanción y promulgación de las mismas. Dispone a este respecto el artículo 91 que: «El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación».

Debemos hacer una breve referencia a lo que algunos autores han llamado «leyes refrendadas», a las que se refiere el artículo 92 de la Constitución, según el cual «las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso de los Diputados».

No obstante, el tenor literal del artículo («decisiones políticas») nos induce a pensar que no se refiere a leyes formales las que se someten a consulta; por otro lado, su carácter consultivo significa que cualquiera que sea su resultado carece de valor vinculante desde un punto de vista jurídico-formal.

2.1.4. Leyes marco.

Las que se han dado en llamar leyes marco constituyen, ante todo, una forma de ampliación de las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas. Como en su momento veremos, la Constitución (y los Estatutos de Autonomía en base a ella) establece una división de la potestad legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas, según las diversas materias a las que dicha potestad legislativa puede referirse. Pues bien, la ley marco es una técnica de ampliación de las potestades legislativas de dichas Comunidades en la medida en que, mediante ellas, el Estado habilita a éstas para dictar normas legislativas en materias que no pertenecen a las Comunidades Autónomas: esto es, de com-

petencia estatal. La ley marco establece, a este fin, determinados principios, bases o directrices, que han de ser desarrolladas mediante leyes de las Comunidades Autónomas, sujetándose siempre a este conjunto de principios, bases o directrices contenidas en la ley estatal.

Así lo dice explícitamente el artículo 150.1 de la CE: «Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal». Estas «materias de competencia estatal» pueden ser de dos tipos: en primer lugar, todas las aludidas en el artículo 149.1 de la CE, que ésta reserva exclusivamente al Estado. Y, en segundo lugar, todas aquellas materias que resultan de competencia estatal en virtud de lo establecido en el artículo 149.3 de la CE, esto es, aquellas materias que podrían ser asumidas por las Comunidades Autónomas mediante sus respectivos Estatutos, por no estar comprendidas en el ámbito del artículo 149, pero que no han sido asumidas de hecho, permaneciendo, en consecuencia, dentro del ámbito de competencia estatal.

El concepto de ley marco es ligeramente diverso del de ley básica o legislación básica. En efecto, el artículo 149.1 de la CE divide la competencia sobre determinadas materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, confiriendo al primero la potestad de dictar las bases, la legislación básica sobre las mismas y, a las segundas, el desarrollo de dichas bases. En este caso no nos encontramos ante un supuesto de ampliación de las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas (esto es, ante un plus de lo que sus Estatutos les otorguen), sino ante un límite institucional de dichas potestades; en estas materias, la potestad legislativa de las Comunidades ha de sujetarse y observar los principios contenidos en la legislación estatal, que garantiza un mínimo de uniformidad normativa a nivel de todo el Estado.

Dos advertencias, por lo demás evidentes: primera, que el concepto de ley básica a que ahora nos referimos no guarda ningún parentesco con el de ley de bases que examinaremos de inmediato a propósito de la delegación legislativa. Y segunda, que la ley marco no es un tipo singular, sustantivamente diverso, de ley: se trata de puras leyes ordinarias, que no se identifican externamente frente a éstas.

2.1.5. Leyes de armonización.

Las leyes de armonización constituyen una técnica normal de relación y conexión entre ordenamientos jurídicos sectoriales, dentro de un único ordenamiento estatal. De acuerdo con el artículo 150.3 de la CE, «el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general». Estas leyes sirven, pues, a una necesidad elemental de unificación de las diversas normativas territoriales dentro del Estado: cuando las Comunidades Autónomas hagan uso de sus potestades legislativas, cabe la posibilidad (por otra parte, nada desdeñable) de que los contenidos de las leyes que dichas Comunidades dicten sobre una materia determinada difieran entre sí considerablemente, con perjuicio para la mínima unidad que exige todo ordenamiento jurídico y el funcionamiento de un mercado económico unitario. En tal caso, está dentro de la potestad del Estado el dictar estas leyes de armonización que, como el propio texto constitucional indica, producen una unificación de la regulación contenida en las disposiciones de las Comunidades Autónomas (hayan sido o no dictadas: la armonización puede tener lugar *ex ante* o *ex post*).

Desde el punto de vista del procedimiento, las leyes de armonización poseen una peculiaridad singular: antes de que las Cortes Generales entren en el análisis del texto concreto que el Gobierno, en su caso, les someta, cada una de las Cámaras debe pronunciarse necesariamente, por mayoría absoluta, sobre si se considera de interés general el dictar la concreta ley de armonización. Así lo dice expre-

samente el inciso final del artículo 150.3: «Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad»; en este trámite previo de apreciación del interés general, las Cortes no discuten ni debaten el contenido de la ley, sino exclusivamente la necesidad de que dicha ley, en las líneas generales que el Gobierno establezca, debe ser o no dictada.

2.1.6. Leyes de las Comunidades Autónomas.

En nuestro ordenamiento jurídico, las Comunidades Autónomas son también, junto con el Estado, titulares de potestades legislativas (esto es, del poder de dictar normas con rango y fuerza de ley). Aunque de manera indirecta, la CE reconoce dicha potestad legislativa a las Comunidades Autónomas en el apartado 1.º del artículo 152, cuando habla de la «Asamblea legislativa» de la Comunidad Autónoma, y más explícitamente en el artículo 153 a) cuando remite al Tribunal Constitucional el control de la «constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley».

Esto no obstante, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas reviste algunas notas diferenciales respecto de la del Estado. En primer lugar, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas es una potestad tasada y específica (competencia de atribución), por cuanto solamente puede ejercerse en los concretos ámbitos o materias que le hayan sido atribuidos con tal carácter a la Comunidad Autónoma en virtud de su respectivo Estatuto o de las leyes estatales antes examinadas. En segundo lugar, las leyes de las Comunidades Autónomas se relacionan con las del Estado no en virtud del principio de jerarquía, sino en virtud del principio de competencia; las leyes de las Comunidades Autónomas no están jerárquicamente subordinadas a las del Estado (salvo lo que de inmediato se dirá), sino que tienen el mismo valor que aquéllas, diferenciándose unas y otras por el hecho de que inciden sobre materias distintas (principio de competencia). Esto no obstante, y en tercer lugar, las leyes de las Comunidades Autónomas están en algunos supuestos subordinadas a las leyes del Estado; están, para empezar, sometidas a las disposiciones del respectivo Estatuto de Autonomía (que es una ley estatal) y también están subordinadas, en los casos concretos en que así se produzcan, a las leyes marco, a las leyes básicas y a las leyes de armonización.

2.2. RESERVA DE LEY.

2.2.1. La doctrina de las materias reservadas a la ley.

El principio de reserva de ley supone, pura y simplemente, que sólo por ley pueden adoptarse determinadas regulaciones.

El principio se plantea en el siglo XIX al coexistir dos fuentes del Derecho escrito del Estado, la ley, producto de las Asambleas, y el reglamento, atributo del principio monárquico.

Esta dualidad de normas se ordena, sobre el principio de la supremacía de la ley, pero a la vez este criterio, como criterio puramente formal, se complementa con el principio de las materias reservadas a la ley, esto es, con la afirmación de que ciertas materias especialmente importantes han de ser objeto exclusivo de la regulación por ley, sin que el poder reglamentario general, como poder independiente de la ley, pueda entrar en ellas.

Las propias Constituciones del siglo XIX contienen preceptos expuestos en este sentido, muy destacadamente por lo que hace a la materia tributaria y a la Ley Anual de Presupuestos, y además a las normas sustantivas en materia civil, penal y mercantil, cuyos Códigos, sólo por ley, podían aprobarse. A la vez, y frente a la arbitrariedad reprochada al antiguo Régimen en cuanto a la materia represiva, se

destaca con energía el llamado «principio de legalidad de los delitos y las penas» que reserva igualmente a la ley, la determinación de las conductas delictivas, y de las sanciones que las mismas merecen. En fin, queda todo el sistema de libertades fundamentales o declaraciones de derechos, que se articulan técnicamente como ámbitos de libertad individual exentos frente al Ejecutivo, precisamente, y por tanto, frente a sus productos normativos propios, los reglamentos.

En el Derecho español la doctrina de las materias reservadas a la ley ha sido una de las de elaboración más atrasada. En efecto, la crisis política y constitucional abierta en 1917 que desemboca en la Dictadura de 1923, la pugna política que llevó a la Guerra Civil de 1936 y el Caudillismo instaurado a partir de entonces por 40 años, ha contribuido a dejar en la oscuridad este tema básico. Más aún: en los supuestos más inequívocos de reserva constitucional en favor de la ley, reconocidos por la generalidad de los textos constitucionales, como la tributaria o la penal, ha bastado para eludirla su simple verbalismo: las figuras no fiscales sino «parafiscales» se crearon incesantemente con simples normas reglamentarias, incluso con meras circulares e instrucciones internas no publicadas. En el caso de las penas otra simple quiebra verbal, la de una «parapenalidad», permitió también extraer fuera de la reserva de ley el tema de las sanciones administrativas.

Afortunadamente, la Constitución de 1978 ha venido a clarificar esta cuestión, estableciendo, definitivamente, en nuestro Derecho, el principio de reserva de ley.

2.2.2. La cuestión de las materias reservadas a la ley en la Constitución de 1978.

La Constitución de 1978 formula, de manera sistemática, principios de reserva de ley a lo largo de todo su articulado.

Así, destacamos:

- En el Título Preliminar: artículos 6 (regulación de partidos políticos); 7 (regulación de sindicatos); 8 (bases de la organización militar).
- En el Título Primero: artículos 11 (nacionalidad); 12 (extranjería); 30 (servicio militar y objeción de conciencia); 31 (tributos); 32 (matrimonio y su disolución); 33 (expropiación forzosa y régimen de la propiedad); 35 (Estatuto de los Trabajadores); 36 (colegios profesionales); 45 (sanciones administrativas y penales); 54 (defensor del pueblo); 55 (suspensión de ciertos derechos en la investigación de la actuación de bandas armadas y terroristas); entre otros.
- En el Título II: artículos 57 (sucesión a la Corona); 59 (reconocimiento de la inhabilitación del Rey); 62 (regulación del derecho de gracia); 63 (declaración de guerra y paz); entre otros.
- En el Título III: artículos 68 y 69 (elecciones para el Congreso y el Senado); 70 (incompatibilidades e incapacidades para ser elegidos); 82 (leyes de bases y leyes que delegan refundiciones); 87 (iniciativa popular).
- En el Título IV: artículos 103 (bases de la organización administrativa); 104 (Ley Orgánica sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad); 105 (participación ciudadana); 106 (responsabilidad patrimonial del Estado); 107 (Ley Orgánica del Consejo de Estado).
- En el Título V: artículo 116 (regulación de los estados de alarma, sitio y excepción).

- En el Título VI: artículos 117 (inamovilidad de los jueces); 121 (responsabilidad del Estado por error judicial); 122 (Ley Orgánica del Poder Judicial); 124 (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal); 125 (institución del Jurado); etc.
- En el Título VII: artículos 128 (reserva al sector público de recursos o servicios esenciales); 129 (participación ciudadana en la Seguridad Social); 131 (planificación de la actividad económica y Consejo Económico-Social); 132 (regulación del Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional); 133 (establecimiento de tributos y beneficios tributarios); 134 (Presupuestos Generales del Estado); 135 (emisión de deuda pública); 136 (Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).
- En el Título VIII: artículos 140 (régimen de los municipios); 141 (alteración de los servicios municipales); 145 (acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas); 146 (aprobación de Estatutos de Autonomía); 147 (reforma de Estatutos); 149 (lista de competencias exclusivas del Estado, con gran número de materias reservadas a la ley); 150 (leyes marco, de transferencias a las Comunidades Autónomas y de armonización); 151 (Ley Orgánica de referéndum autonómico); 155 (obligaciones impuestas a las Comunidades Autónomas); 157 (Ley Orgánica de ejercicio de competencias financieras por las Comunidades Autónomas), entre otros.
- En el Título IX: artículos 161 (atribución de competencias al Tribunal Constitucional); 162 (legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad y amparo); 165 (LOTIC).

De esta larga enumeración extraída de los preceptos constitucionales, puede inducirse:

- a) Una clara tendencia a que los contenidos más relevantes del ordenamiento sean reservados a la ley formal y que, por tanto, queden excluidos de la potestad reglamentaria.
- b) En particular, de este principio resulta sencillo inferir que cuando existe una mención expresa de alguna materia como reservada a la ley, otras no aludidas, pero más o menos análogas, habrán de entenderse también incluidas en dicha reserva; por ejemplo, el artículo 140 reserva a la ley el régimen de los municipios y en cambio el artículo 141 no dice lo mismo respecto a las provincias, salvo en cuanto a sus límites geográficos; parece claro que no podrá deducirse de esta diferencia que el régimen básico de las provincias no sea materia de ley.
- c) Pero sobre todo, y aparte la materia organizativa, dentro de esta lista casuística destaca un precepto básico, el del artículo 53.1 de la Constitución, que tiene un claro alcance general y en el que hay que situar necesariamente la regla fundamental sobre el tema de la reserva de ley en nuestro sistema. El artículo 53.1 dispone que:

«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades».

De dicho artículo 53.1 resulta:

- Todos los derechos y libertades proclamados como fundamentales vinculan a la Administración en cuanto poder público.
- Como precisa el artículo 81.1 el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, habrá de hacerse necesariamente por ley orgánica.

- Distinto de ese desarrollo, que supone asegurar sus condiciones generales de expresión y funcionamiento, es la regulación del «ejercicio» de tales derechos y libertades, que es lo que, además, el artículo 53 reserva a la ley.
- En cualquier caso, tanto la ley orgánica general como la ley específica que de algún modo afecte al ejercicio de los derechos fundamentales, han de respetar el contenido esencial de éstos, precisamente porque los mismos vinculan también, como a todos los poderes públicos, al poder legislativo, límite que al Tribunal Constitucional corresponde fiscalizar.

2.2.3. La reserva de ley en sentido formal (principio de congelación de rango).

La reserva legal en nuestro Derecho no está constituida exclusivamente sobre una base material (materias reservadas a la ley por la Constitución), sino también sobre una base formal, y ello como resultado de dos principios: el de jerarquía normativa y el de congelación de rango. Esto quiere decir que para dictar una norma nueva, hay que darle un rango normativo por lo menos igual al de la norma o normas que pretende sustituir o innovar, y ello en virtud del criterio general de que para dejar sin efecto un acto jurídico se requiere un acto contrario de la misma solemnidad. Regulada una determinada materia por la ley, el rango normativo queda «congelado» y sólo una ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material.

3. DISPOSICIONES DEL EJECUTIVO CON FUERZA DE LEY: DECRETOS LEGISLATIVOS Y DECRETOS-LEYES.

3.1. INTRODUCCIÓN.

Se trata -dice García de Enterría y Tomás Ramón Fernández- de una variedad legislativa ambigua por cuanto participan simultáneamente de la naturaleza de los reglamentos (al proceder del Gobierno y no de las Cortes Generales) y de las leyes (al tener fuerza de tal y, por tanto, poder derogar o modificar otras leyes y no poder ser afectadas por simples reglamentos).

3.2. LA LEGISLACIÓN DELEGADA O DECRETOS LEGISLATIVOS.

La llamada genéricamente legislación delegada o delegación legislativa consiste, sencillamente, en una transferencia de la potestad legislativa que en favor de la Administración hace el Poder Legislativo, de manera que aquélla pueda participar en la ordenación jurídica de la sociedad. Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata de una «transferencia de ejercicio» pero no de «titularidad».

En el Derecho español la legislación delegada cuenta con expresa cobertura constitucional. En efecto, dispone el artículo 82.1 de la CE que: «Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior». Es decir, que se prohíbe la delegación respecto de aquellas materias que hayan de ser objeto de regulación y desarrollo mediante ley orgánica.

En nuestra Constitución el concepto de legislación delegada se reduce a los supuestos de delegación recepticia (aquellos en que la norma resultante tiene rango de ley), con exclusión, por tanto, de la remisión normativa y la deslegalización.

Conforme al artículo 82.2 dos variedades de leyes delegadas conoce nuestra Constitución: los textos refundidos y los textos articulados, que se conocen con la denominación genérica de Decretos Legislativos. Así, dispone el artículo 85 que: «Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos».

3.2.1. Textos refundidos.

Cuando una pluralidad de textos legales regula una misma materia, es normal y conveniente que el último de ellos delegue en el Gobierno la facultad de unificar o refundir todos, de modo que se simplifique y sistematice así la legislación vigente sobre dicha materia.

La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo (art. 82.2). Lo que se confiere al Gobierno no es la facultad de dictar nuevas normas jurídicas sino la de sistematizar las ya existentes.

En relación con estas refundiciones el artículo 82.5 dispone que: «La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos».

El hecho de que el párrafo transcrito utilice el término «autorización» plantea el problema de si el legislador constitucional ha querido dar un valor similar a la «delegación» y a la «autorización». Un gran sector doctrinal y jurisprudencial entiende, con razón, que en el caso de la «delegación» la norma resultante de la misma es una norma de rango legal, mientras que en el supuesto de la «autorización» lo que tendremos será una norma con rango reglamentario. Por ello la expresión «autorización» que utiliza el artículo 82.5 no debe utilizarse en sentido técnico, sino considerarse como una imprecisión del texto constitucional.

Por lo demás, resulta claro del texto constitucional (art. 82.3) que la delegación habrá de otorgarse al Gobierno (sin que quepa la subdelegación a otros órganos distintos del propio Gobierno), ha de otorgarse de forma expresa, para materia concreta (sin que pueda entenderse concedida de modo implícito), y ha de fijar plazo para su ejercicio (no puede entenderse concedida por tiempo indeterminado). Por último, la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente.

3.2.2. Textos articulados.

Proceden de una delegación que confieren las Cortes Generales al Gobierno para que redacte una ley conforme a unas bases que el propio legislador ha enunciado (ley de bases). Como dice García de Enterría se trata de una delegación más amplia que la del caso anterior, ya que se realiza aquí una auténtica función creativa de normas, si bien tal creación no es libre, sino que ha de ajustarse a las bases dadas.

Según el mencionado artículo 82.2: «La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados...» añadiendo el párrafo 4 que: «Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio».

Este precepto se completa con dos límites o cautelas restrictivas de las leyes de bases contenidas en el artículo 83 al decir que: «Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

- a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.
- b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo».

3.2.3. Modalidades de control de la legislación delegada.

Cabe, finalmente, referirse al control de los excesos de delegación. El artículo 82.6 dispone a este respecto que: «Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control». Artículo que hace referencia, por un lado, al control jurisdiccional y, por otro, al control parlamentario de la legislación delegada.

Al último hace referencia también el artículo 84 al decir: «Cuando una proposición de ley o una enmienda fueran contrarias a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno estará capacitado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación». Así pues, una primera forma de control de la legislación delegada es la fiscalización que puede ejercer el propio órgano delegante, es decir, las Cortes Generales.

Por otra parte, no cabe duda alguna en cuanto al control que puede ser ejercitado por el Tribunal Constitucional, al que corresponde conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 161); pero se puede dudar que la fiscalización de los Decretos Legislativos pueda también ser realizada por otros órganos jurisdiccionales, al tener dichos textos el valor de ley. No faltan, sin embargo, prestigiosos autores para quienes no ofrece ninguna duda la posibilidad del control jurisdiccional de los mencionados Decretos Legislativos, al menos, del control ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa. Dudas que quedan despejadas con el artículo 1 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que establece que dicha jurisdicción conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

3.3. LOS DECRETOS-LEYES.

3.3.1. Concepto y ámbito.

Tras los Decretos Legislativos, la Constitución regula los Decretos-Leyes como normas excepcionales de urgencia. Los define García de Enterría como «toda norma con rango de ley que emana, por vía de excepción, de un órgano que no tiene atribuido el Poder Legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros».

Diversas son las teorías que han tratado de justificar los Decretos-Leyes, así:

1. Tesis del estado de necesidad.
2. Tesis de la delegación tácita.
3. Tesis de la *negotiorum gestio*, y
4. Tesis de la posterior ratificación por el Parlamento.

Pero abstracción hecha de estas teorías dos razones justifican la existencia del Decreto-Ley según Cazorla Prieto: la urgencia propia de ciertos momentos políticos y sociales, y lo inadecuado, por su lentitud, del procedimiento legislativo ordinario para atender a los mismos.

El problema en el Derecho español viene hoy en día formulado y resuelto por el artículo 86 de la Constitución al decir: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general.

Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia».

Presupuesto de hecho determinante de la legitimidad del ejercicio de la referida facultad normativa es, pues, la existencia de una situación de necesidad, cuya excepcionalidad quiere subrayarse mediante su adjetivación de extraordinaria, esto es, inusual e imprevisible, y urgente, es decir, no susceptible de ser afrontada a través del procedimiento legislativo, ni siquiera por el procedimiento de urgencia que prevén los reglamentos de las Cámaras.

Esta definición del presupuesto de hecho habilitante («casos de extraordinaria y urgente necesidad») es un ejemplo típico de lo que se conoce en términos de la teoría jurídica con el nombre de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de conceptos cuyo alcance concreto no puede precisarse *a priori*, pero sí caso por caso en función de las circunstancias coetáneas e, incluso, posteriores (un retraso notable en la publicación del Decreto-Ley obviamente desmentiría la urgencia de su adopción) a su aplicación y que, a la vista de éstas, no admiten sino una sola solución justa (o la necesidad existe y es realmente extraordinaria y urgente o no existe con caracteres tales). La apreciación de la existencia del presupuesto de hecho habilitante así configurado es, obviamente, una de las cuestiones que el órgano legislativo habrá de plantearse al revisar el Decreto-Ley, pero sea cual sea la decisión de éste, que como es lógico se producirá a partir de valoraciones políticas y no necesariamente jurídicas, ello no impide ni limita en modo alguno el control final del Tribunal Constitucional, si la norma llega a ser residenciada formalmente ante él.

La facultad de producir este tipo de normas en los casos excepcionales ya indicados corresponde, única y exclusivamente, al Gobierno como tal y no a ningún otro órgano distinto, ya sea su propio Presidente, sus miembros o, incluso, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas que se constituyan. Así permitía pensarlo ya el tenor literal del artículo 86 de la Constitución, pero, por si quedara alguna duda, el proceso de elaboración de los Estatutos del País Vasco y de Cataluña vino a disiparla, al depurar los proyectos iniciales que contemplaban el trasplante al ámbito de las Comunidades Autónomas de la figura excepcionalísima que estamos estudiando.

El Decreto-Ley, tal y como está configurado por el texto constitucional en vigor, tiene expresamente vedado el acceso a determinados ámbitos materiales, que el artículo 86 del mismo señala expresamente: «Que no podrán afectar -dice- al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los

derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general».

Ahora bien, resultaría absurdo pensar que la prohibición de Decreto-Ley alcanza a toda la materia reservada a la ley por afectar a la libertad y a la propiedad, pues la excepción vendría entonces a destruir casi la generalidad de la regla. La excepción debe tenerse en la materia propia de las leyes orgánicas, que no cubre todo el campo de la reserva de ley, excepción que encuentra una justificación institucional clara. Esta interpretación se encuentra ahora claramente apoyada por el artículo 28.2 de la LOTC, que refiere de manera expresa la inconstitucionalidad de los Decretos-Leyes a los supuestos de que «hubieran regulado materias reservadas a una ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido».

No creemos, pues, que la interpretación de las limitaciones materiales que impone el artículo 86.1 pueda llevarse razonablemente mucho más lejos que la del artículo 81.1, salvedad hecha de lo que naturalmente resulta de la inclusión en aquél de las «Instituciones básicas del Estado». Por «Instituciones básicas del Estado» hay que entender aquellas organizaciones públicas sancionadas a nivel constitucional cuya regulación reclama una ley.

3.3.2. La revisión parlamentaria del Decreto-Ley.

El artículo 86 del texto constitucional establece al efecto dos procedimientos diferentes: el debate y votación de totalidad mediante los cuales el Congreso (en Pleno o, en su caso, la Diputación Permanente del mismo, a quien corresponde, según el art. 78.2 velar por los poderes de la Cámara cuando ésta no esté reunida y ejercer sus facultades en estos supuestos si hubiese sido disuelta o hubiere expirado su mandato) habrá de pronunciarse expresamente sobre su convalidación o derogación en bloque en el plazo de los 30 días siguientes a su promulgación, o bien la tramitación del mismo, durante dicho plazo, como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Hacemos observar que es al Congreso de los Diputados sólo y no a las dos Cámaras al que corresponde esta revisión.

La lectura del precepto constitucional permitía pensar que ambos procedimientos estaban configurados como alternativos y de utilización indistinta, según las circunstancias y la mayor o menor conveniencia de una discusión individualizada artículo por artículo. La *praxis* parlamentaria impuso desde el primer momento, en cambio, la solución opuesta, de forma que la ratificación (mejor que convalidación, ya que éste es término que técnicamente hace referencia a la sanción de vicios determinantes de la anulabilidad de un acto, vicios que no tienen por qué existir necesariamente y que, por supuesto, no pueden predicarse sin más de todo Decreto-Ley, ya que la potestad de emanarlos en ciertos casos está reconocida y consagrada por la Constitución) o derogación del Decreto-Ley, previo debate y votación de totalidad en torno al mismo, se considera previa en todo caso y, por lo tanto, condicionante de la utilización del segundo de los procedimientos habilitados por el precepto constitucional.

Esta práctica (forzada por el rigor del plazo de 30 días establecido por el artículo 86.2 de la Constitución, en el que es realmente imposible tramitar en las dos Cámaras un proyecto de ley), que el Tribunal Constitucional aceptó sin reparo en su Sentencia de 31 de mayo de 1982, ha sido finalmente acogida por el vigente Reglamento del Congreso de Diputados (art. 151), de forma que es preceptivo el previo pronunciamiento sobre la totalidad del Decreto-Ley, esto es, sobre su ratificación o derogación, una vez producido el cual, si ha sido favorable, la Cámara podrá decidir a solicitud de algún grupo parlamentario acerca de la tramitación del Decreto-Ley ya ratificado como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, admitiéndose en tal caso la presentación de enmiendas al mismo, excepción hecha, claro está, de las de totalidad que impliquen su devolución.

La decisión favorable a la ratificación del Decreto-Ley no convierte a éste en ningún caso en una verdadera ley. La práctica parlamentaria antes aludida negó, desde el primer momento, este efecto al acto de ratificación, que se publica en el BOE como acuerdo de la Presidencia de la Cámara. En este sentido se ha orientado también la jurisprudencia constitucional, según la cual «no puede considerarse que el Decreto-Ley se haya convertido en ley formal del Parlamento tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución».

Esta interpretación parte, sin duda, de la observación de que la ratificación del Decreto-Ley se realiza por una sola de las Cámaras, con total exclusión de la otra del procedimiento correspondiente, lo que impide, evidentemente, su equiparación total a la ley propiamente dicha.

Si el pronunciamiento es negativo, el Decreto-Ley queda derogado, término este que supone que los efectos de la decisión de la Cámara se producen *ex nunc* y que, en consecuencia, no quedan afectados por ella los actos aplicativos producidos durante la vigencia de la norma.

Finalmente, cabe indicar que los Decretos-Leyes vienen caracterizados por una serie de notas fundamentales:

1. El órgano del que emanan es el Gobierno.
2. Equiparación absoluta a la ley en sentido formal, mientras no sea derogado por el Congreso.
3. El Gobierno ejerce (al menos provisionalmente) una auténtica potestad legislativa.
4. Es una disposición legislativa provisional (aunque más técnico desde el punto de vista jurídico hubiera sido emplear el término «temporal»).
5. Hay una serie de materias reservadas a la ley y expresamente prohibidas al Decreto-Ley.

De todo lo expuesto cabe señalar diversas analogías y diferencias entre los Decretos Legislativos. Así, las primeras se concretan en que ambos emanan del Gobierno y tienen el valor de ley; y las diferencias se manifiestan en los motivos de unos y otros, en cuanto que el Decreto-Ley exige la urgencia (concepto jurídico indeterminado) y el Decreto Legislativo no; así como en el diferente momento de la intervención de las Cortes Generales, ya que en el Decreto Legislativo dicha intervención es previa, mientras que en el Decreto-Ley es posterior y con el carácter convalidante o derogatorio que hemos visto (art. 86).

4. EL REGLAMENTO: CONCEPTO, CLASES Y LÍMITES.

4.1. CONCEPTO.

La exposición de la teoría del reglamento debe iniciarse con una definición simple de dos conceptos básicos, que utilizaremos sistemáticamente a lo largo del presente tema: los conceptos de reglamento y de potestad reglamentaria.

Por reglamento se entiende, en su acepción más simple, toda norma escrita dictada por la Administración con rango inferior a la ley. Correlativamente, el concepto de potestad reglamentaria remite al poder constitucional en virtud del cual la Administración dicta los reglamentos.

Obsérvese, en cuanto al concepto de reglamento, que esta denominación es, en relación a sus diversos usos formales, profundamente equívoca. El término reglamento se emplea, en primer lugar, como un concepto abstracto, de contenido dogmático, que hace referencia a la totalidad de las normas escritas dictadas por las Administraciones Públicas con rango inferior a la ley. Esto no obstante, debe tenerse en cuenta que nuestro Derecho positivo utiliza el nombre de reglamento con otra significación: en concreto, determinados reglamentos (en el sentido dogmático de esta expresión) se denominan a sí mismos reglamentos, tal y como ocurre con las figuras de los reglamentos ejecutivos de las leyes y de los reglamentos municipales, a los que más adelante se hará alusión. Conviene, pues, tener siempre en cuenta la distinción entre ambas acepciones del concepto, la del carácter dogmático y la del carácter específico.

4.2. NATURALEZA.

El problema que plantea la naturaleza jurídica del reglamento es el de determinar si se trata o no de un acto administrativo en sentido estricto.

- a) En opinión de un cierto sector doctrinal, el reglamento como todo acto de la Administración regulado por el Derecho Administrativo es un acto administrativo; debiendo distinguirse entre actos administrativos generales y singulares, y encuadrando al reglamento dentro de los primeros (Garrido Falla).
- b) Sin embargo, para otro sector doctrinal, el reglamento, aunque procede de la Administración, no es un acto administrativo. Su encuadramiento sistemático se halla en el campo de las fuentes del Derecho Administrativo. Los defensores de esta tesis (Enterría, Martín Retortillo, Boquera Oliver y otros) se basan en que el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, mientras que los actos administrativos son una consecuencia del mismo, siendo además distinto el régimen jurídico de unos y otros, por lo que en conclusión -dicen- no pueden subsumirse ambas categorías bajo una misma rúbrica de actos administrativos. En efecto difieren ambas categorías en el procedimiento para su elaboración, en el órgano del que emanan, en el comienzo de su eficacia, etc.

4.3. CLASES DE REGLAMENTOS.

4.3.1. Consideraciones generales.

No es infrecuente que la doctrina, al analizar el tema de los reglamentos, lleve a cabo numerosas clasificaciones de los mismos. Un exceso de estas clasificaciones carece, sin embargo, de todo valor. En la medida en que es preciso conocer el significado de esta tipología de reglamentos, se incluyen a continuación, exclusivamente, tres clasificaciones de los mismos: las más empleadas y notorias.

4.3.2. La clasificación de los reglamentos por su forma.

El criterio fundamental de clasificación de los reglamentos radica en su distinción en base a los nombres o formas externas que dichos reglamentos revisten. Ha de advertirse al respecto que los re-

glamentos adquieren una denominación típica, con la cual son publicados, en función exclusiva de la autoridad que los dicta. Esta regulación del artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado ha sido sustituida por el artículo 25 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, del siguiente modo:

1. Real Decreto del Presidente del Gobierno: disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente.
2. Real Decreto del Consejo de Ministros: normas reglamentarias de la competencia de éste y resoluciones que adopten dicha forma jurídica.
3. Acuerdos del Consejo de Ministros, que no puedan adoptar forma de Reales Decretos.
4. Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. La forma será de Orden del Ministro competente y si afecta a varios Ministerios, será de Orden del Ministerio de la Presidencia.
5. Órdenes Ministeriales, disposiciones y resoluciones de los Ministros. Si afecta a varios Departamentos, Orden del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los Ministerios interesados.

Por último, las disposiciones reglamentarias de los órganos inferiores al Ministro revisten denominaciones diversas: la más normal es la de resoluciones (una denominación harto equívoca, por otra parte, por cuanto el nombre de resoluciones es el que típicamente se aplica a los actos administrativos singulares), aunque no son inusuales otros tipos de rotulación, como la de circulares o instrucciones.

En las Comunidades Autónomas, los respectivos Estatutos no han establecido denominaciones típicas para cada una de las manifestaciones de su potestad reglamentaria. La práctica usual de las mismas, sin embargo, viene revelando un estrecho mimetismo hacia las denominaciones empleadas en el Estado: de tal forma que las normas reglamentarias emanadas del Consejo ejecutivo o Gobierno de la Comunidad adquieren el nombre de Decretos, las emanadas por los Consejeros revisten la forma de Órdenes y, las emanadas de las autoridades inferiores, el nombre de Resoluciones.

Por lo que se refiere a los entes locales, por último, las formas de producción reglamentaria vienen reducidas a dos tipos: por un lado, el reglamento orgánico de cada entidad (expresión de su potestad autoorganizatoria y cuya eficacia es, pues, predominantemente *ad intra*), de otro, las ordenanzas locales (de eficacia, pues, *ad extra*). Junto a estas modalidades típicas, la Ley de Bases de Régimen Local mantiene la potestad del Alcalde para dictar bandos [art. 21.1 e)], que eventualmente pueden contener normas reglamentarias en las materias de competencias del mismo.

4.3.3. La clasificación por el órgano del que emanan los reglamentos.

Dado el fenómeno de la proliferación de la potestad reglamentaria dentro de nuestro vigente ordenamiento constitucional, no es ocioso efectuar una clasificación de los reglamentos en función del órgano o ente del que cada uno de ellos emana, por más que esta clasificación sea reiterativa y duplique, en ocasiones, las restantes. Así, cabría hablar de reglamentos de la Administración Central del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Municipios. Asimismo, cabe hacer alusión a los reglamentos dictados por los órganos constitucionales del Estado distintos del Gobierno y la Administración a los que enseguida aludiremos.

Cabe preguntarse, como cuestión fundamental, cuál sea la relación de todos estos reglamentos respecto de los reglamentos estatales. En principio, debe comenzarse negando la existencia de un principio o regla de jerarquía entre unos y otros reglamentos; los reglamentos estatales no son superiores jerárquicamente a los reglamentos de los restantes órganos y entidades que integran el Estado, en la medida en que unos y otros actúan sobre campos competenciales completamente distintos. Es, pues, el principio de competencia y no el de jerarquía, el que explica la relación entre unos y otros reglamentos; sin que en ningún caso pueda perderse de vista lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución Española que, para los supuestos de conflicto entre normas provenientes de entidades de distinto rango territorial, establece el principio de la primacía y superioridad del Derecho estatal.

4.3.4. La clasificación por su relación con la ley.

A mediados del siglo XIX, el jurista alemán Lorenz von Stein diseñó una clasificación de las normas reglamentarias basada en el mismo principio de clasificación que entonces se utilizaba para distinguir los diferentes tipos de costumbre: así, procedió a diferenciar, también, los reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, los reglamentos independientes o *extra legem*, y los reglamentos de necesidad o *contra legem*.

En primer lugar, el concepto de reglamento ejecutivo es, hoy, ciertamente ambiguo. En principio, todo reglamento viene a ejecutar, directa o indirectamente, alguna ley. Por ello, este concepto se ha venido restringiendo para designar aquellos reglamentos que, de forma directa, y sin pasos normativos intermedios desarrollen los preceptos de una ley, ya sea este desarrollo total o parcial; durante algún tiempo, se venía considerando que la denominación de reglamento ejecutivo era exclusivamente aplicable a aquellas normas reglamentarias que desarrollaban de modo directo, total y global, el conjunto de los preceptos de una ley. Quizás esta especie pudiera recibir el nombre de reglamentos ejecutivos típicos, pero el concepto es sin duda más amplio. Desde el punto de vista formal, el reglamento ejecutivo se diferencia de los restantes por la circunstancia de que su aprobación debe ir necesariamente precedida del dictamen del Consejo de Estado; dictamen este de considerable importancia en el plano jurídico, y que, por lo demás, la jurisprudencia viene exigiendo con considerable rigor.

En un segundo lugar, los reglamentos independientes. Se trata de un concepto difícil, por cuanto alude a dos hechos diversos. En sentido estricto, se entiende por reglamento independiente aquel que no viene a desarrollar de ninguna forma los preceptos de una ley; es, por tanto, un reglamento dictado por la Administración en uso libérrimo de su potestad reglamentaria, y sin recibir para ello previa habilitación de ley formal alguna. Sin embargo, el concepto de reglamento independiente (o su equivalente, de reglamento autónomo) alude a otro fenómeno constitucional de primera importancia, cual es el de la llamada reserva reglamentaria. Es ésta una capital (y discutible) innovación de la Constitución Francesa de 1958 con arreglo a la cual se rompe el clásico principio de la ilimitación del ámbito de actuación de la ley; en la Constitución Francesa, la ley tiene efectivamente reservadas unas determinadas materias, en las cuales no puede entrar el reglamento; sin embargo, y de modo correlativo, todas las restantes materias se entienden reservadas a la potestad reglamentaria; son, por lo tanto, materias en las cuales la ley no puede entrar. De esta forma, los reglamentos emanados en uso de la reserva reglamentaria constitucionalmente establecida serían llamados reglamentos independientes. Esta distinción de supuestos permite depurar el concepto de este tipo de reglamentos en nuestro Derecho positivo: nuestro ordenamiento constitucional no contempla ninguna forma de reserva reglamentaria (frente a lo que se pretendió en alguno de los anteproyectos iniciales), por lo que, en este sentido, los reglamentos autónomos no existen. Sí se da, en cambio, el fenómeno de reglamentos que no encuentran su encaje en ninguna ley formal, principalmente en materia organizativa; desde el punto de vista constitucional, puede hoy afirmarse que este segundo tipo de reglamentos independientes tiene un ámbito de actuación sumamente restringido no pudiendo actuar en ninguna materia que afecte, directa o indirectamente, a asuntos reservados a la ley o a la libertad y propiedad de los ciudadanos.

Por último, los reglamentos de necesidad. Este concepto responde a una teoría clásica, conocida con el nombre de teoría de las circunstancias excepcionales. De acuerdo con ella, cuando en la vida de una comunidad se producen estados de alteración o gravedad considerable, que ponen en cuestión el funcionamiento normal de las instituciones (así, p. ej., los supuestos de catástrofes o de situaciones revolucionarias), se entiende que dicha alteración produce un apoderamiento excepcional y especialmente enérgico en favor de las autoridades gubernativas para adoptar todo tipo de medidas, incluso normas, dirigidas a evitar la producción de mayores daños o a corregir los ya causados. Estas normas, dictadas por las autoridades gubernativas con motivo de la producción de estas circunstancias excepcionales, son las conocidas como reglamentos de necesidad. En el ordenamiento jurídico español anterior a la Constitución este tipo de reglamentos venían implícitamente admitidos por preceptos tales como el artículo 117 de la Ley de Régimen Local y el artículo 17 de la Ley de Orden Público, que atribuían, respectivamente, a los Alcaldes y a los Gobernadores Civiles la potestad de adoptar cuantas medidas fueran necesarias para evitar o corregir los daños causados con motivo de catástrofes y acontecimientos similares. En la actualidad, hay que estar a lo establecido en los preceptos de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, los cuales prevén específicamente este tipo de normas, aunque sin indicar su efectividad ni su ámbito. Ha de decirse que estos reglamentos tienen un carácter marcadamente excepcional, en la medida en que se sobreponen y, en cierta forma, suspenden la aplicación de las leyes en el territorio al que afecte la situación de emergencia antes aludida; poseen, también, un carácter temporal limitado a la duración de la situación anormal.

4.3.5. Reglamentos de la Administración y de otros órganos estatales.

Tradicionalmente se ha venido considerando que la potestad reglamentaria estaba exclusivamente atribuida a las Administraciones Públicas en el seno del Estado. Esta perspectiva debe ser hoy seriamente matizada. En verdad, la potestad reglamentaria, en cuanto poder normativo, no es, en principio, más que una simple manifestación de la potestad organizatoria: toda organización social, por simple que ésta sea, posee una cierta potestad autonormativa interna, dirigida a establecer formalmente sus estructuras de organización y su régimen de funcionamiento. Las corporaciones y asociaciones poseen, como es evidente, una potestad estatutaria, potestad que también poseen las sociedades mercantiles. No obstante, todos estos tipos de normas «reglamentarias» son, claro está, muy diferentes entre sí. La diferencia básica se encuentra en la diferente dimensión del ámbito de afectados por unas y otras normas.

En el marco del Estado, no sólo las Administraciones Públicas poseen potestad reglamentaria; también la poseen otros órganos constitucionales del Estado. Sin embargo, los reglamentos dictados por estos últimos órganos son de naturaleza diversa de los que emanan de las Administraciones Públicas. Los reglamentos dictados por los órganos estatales distintos de la Administración son fundamentalmente reglamentos internos autoorganizatorios; esto no obstante, la posición crucial y de primacía en que se encuentran estos órganos del Estado respecto de otras actividades públicas, les confieren una cierta eficacia *ad extra*; pero se trata de una eficacia puramente refleja, indirecta. Sólo los reglamentos de las Administraciones Públicas poseen eficacia vinculante directa frente a terceros, frente a los ciudadanos.

No obstante su limitada eficacia, los reglamentos emanados de los órganos constitucionales del Estado distintos de las Administraciones Públicas poseen una importancia y una novedad suficientes como para hacerlos objeto de nuestro análisis. Novedad, decimos, por cuanto esta potestad reglamentaria propia constituye una de las innovaciones más notorias de nuestro vigente régimen constitucional: era ya tradicional conferir esta potestad reglamentaria al poder legislativo (de donde emanan los reglamentos parlamentarios, en los que se contienen la regulación del procedimiento legislativo); sin embargo, la división de poderes consagrada por nuestro texto constitucional ha llevado al legislador a

conferir también dichas potestades reglamentarias a otros órganos cuya autonomía de funcionamiento frente a la Administración resultaba preciso garantizar. Así, junto al clásico poder reglamentario de los Parlamentos (que se manifestaba no sólo en la emanación de los reglamentos parlamentarios, sino también en diversas normas internas de organización, tanto de procedimiento como de personal) la normativa posconstitucional ha otorgado también la potestad reglamentaria al Consejo General del Poder Judicial (art. 5 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero), y al Tribunal Constitucional (art. 2.2 LOTC). Esta importantísima novedad no debe conducir, sin embargo, a la creación de una categoría diversa de reglamentos en nuestro ordenamiento jurídico, dotada de un régimen jurídico del todo peculiar: en cuanto a su relación con la ley, estos reglamentos se encuentran en la misma posición subordinada que los reglamentos de las Administraciones Públicas, pese a tratarse de poderes que, en el plano político constitucional, se encuentran en nivel de paridad con el poder legislativo. La ley sigue siendo, por tanto, la norma jurídica de máximo rango, sobrepuesta a cualquier otra manifestación normativa de tipo reglamentario, provenga de cualquier poder u organización estatal que fuere.

4.4. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

4.4.1. Fundamento histórico.

El fundamento histórico de la potestad reglamentaria de la Administración se asienta, según sabemos, en el carácter residuario de ésta: el intento de dividir las distintas funciones antes concentradas en el Rey entre diversos complejos orgánicos no se llevó a la práctica hasta sus últimas consecuencias, sino que restó en manos del poder ejecutivo y, más concretamente, de la Administración, a la que se pretendía atribuir el papel de simple ejecutora de la ley, un residuo de funciones jurisdiccionales y funciones legislativas, que se basaban en el reconocimiento de una fuente de legitimación propia.

4.4.2. Fundamento jurídico.

Deben citarse las siguientes teorías al respecto:

4.4.2.1. *Teoría de la discrecionalidad.*

Nos dice Villar que ha sido doctrina bastante aceptada la de la discrecionalidad. Así, el fundamento de la potestad reglamentaria residiría en la discrecionalidad que la ley deja a la actividad administrativa y que la propia Administración autolimita mediante el reglamento. Gneist defendió esta doctrina.

4.4.2.2. *Teoría de la autorización.*

La fundamentación de la potestad reglamentaria radica en la autorización expresa de las leyes. El reglamento no contiene una justificación en sí mismo, sino que la trae del campo legislativo en virtud de autorización expresa. Supone limitar, al menos en teoría, el alcance de aquél, y cuadra dicha doctrina en los primeros momentos del aparente monopolio jurídico del legislativo.

Hoy en día, no es indispensable esta teoría como justificación del reglamento, pues la potestad normativa de la Administración tiene apoyo en otros asideros.

Defensores de esta doctrina, fueron, entre otros, Otto Mayer y Santamaría, este último en España.

4.4.2.3. Teoría del imperium de la Administración.

Ha gozado de eco entre los autores la concepción del reglamento como manifestación del poder de imperio de la Administración. La Administración para esta teoría ostenta poder de imperio para el cumplimiento de sus fines, y reflejo de tal poder de imperio es la disposición reglamentaria, plasmación jurídicada y juridificante de la potestad de mando estatal.

4.4.2.4. Teoría de la institucionalidad.

La magna construcción institucionalista de Santi Romano sirve también como instrumento de justificación del reglamento, sabido es que el maestro italiano entendía que toda institución -cual es la Administración- lleva implícita en su esencia la juridicidad, de modo que un ordenamiento propio y nacido de sus peculiares fuentes de producción jurídica es dimensión inalienable de todas las instituciones y, por tanto, de la Administración Pública.

4.4.2.5. Teoría de la necesidad práctica.

García Oviedo detalla las siguientes circunstancias prácticas que legitiman la potestad reglamentaria:

- a) Se trata, en primer término, de la necesidad indiscutible de desentrañar el precepto general que se formule en la mayoría de las leyes, para adaptarle, con las prescripciones complementarias, a la práctica.
- b) En segundo lugar, la existencia de los reglamentos y de la potestad reglamentaria se justifica en la inconveniencia o imposibilidad de asignar al poder legislativo la competencia integral de la función legislativa.
- c) La más fácil modificabilidad de sus normas frente a las de la ley abunda en beneficio del reglamento.

Garrido Falla, en el mismo sentido, señala que la composición política de las Cámaras Legislativas, que determina que éstas no son idóneas para la confección de reglamentos, así como la oportunidad de atribuir ciertas materias al poder ejecutivo para que los reglamente, supuesto que el legislador no puede preverlo todo, no hacen sino insistir en la fundamentación de la potestad reglamentaria.

4.4.2.6. Teoría de la atribución de potestad, la cual se estima como más acertada.

Una vez examinado el tema desde un punto de vista práctico, y comprobado que ninguna de las justificaciones jurídicas apuntadas satisfacen plenamente, hay que esforzarse por encontrar una respuesta jurídica adecuada al mismo. Y para ello nada mejor que traer la opinión ya clásica de Zanolini, defendida también por García de Enterría y Fernández Rodríguez, en virtud de la cual la Administración no puede disfrutar sino de aquellas potestades que le han sido concedidas especialmente por la ley; la Administración, por tanto, precisa de habilitación a los efectos de ejercitar potestades y, entre éstas, la reglamentaria. Como dicen los autores citados en último lugar, si la Administración detenta un poder reglamentario independiente es porque se lo ha otorgado la Constitución. De este modo en España, después de un largo silencio constitucional, sólo salvado por la costumbre, la potestad reglamentaria encuentra su primera regulación expresa en el artículo 13 de la LOE y actualmente está consagrada en el artículo 97 de la Constitución. El fundamento de la potestad reglamentaria hay que verlo pues, en la habilitación legal, que tiene su máxima expresión en la Ley Constitucional.

4.5. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

La doctrina ha venido distinguiendo entre límites formales y límites materiales.

4.5.1. Los límites formales.

Se pueden concretar en dos: la competencia y el procedimiento de elaboración.

4.5.1.1. La competencia.

Dentro del problema general de los límites o condiciones con arreglo a los cuales ha de ejercerse la potestad reglamentaria por parte de la Administración, y dentro del primer bloque de los denominados límites formales, el primero y más importante de éstos es el de la competencia: esto es, el de la determinación de quiénes son los titulares de la potestad reglamentaria, de los órganos que ostentan el poder de dictar reglamentos.

En el análisis de este punto, la doctrina ha venido distinguiendo tradicionalmente entre una competencia originaria, que vendría atribuida al Estado, y una competencia derivada, que es la que correspondería a los entes locales. Esta distinción, empero, resulta hoy inviable. Junto al Estado, la Constitución Española reconoce de manera explícita a las Comunidades Autónomas la titularidad de la potestad reglamentaria: así se hace, bien que de modo indirecto, en el apartado c) del artículo 153, así como en el apartado 2 del artículo 161. Por otra parte, la Constitución Española reconoce a los entes locales la titularidad de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (arts. 137 y 140); reconocimiento de autonomía que, obviamente, entraña la atribución de una cierta potestad reglamentaria. En la actualidad, por tanto, la potestad reglamentaria del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los entes locales tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, carácter originario. El problema, en consecuencia, se limita a determinar cuáles sean los órganos que, dentro de cada uno de estos niveles territoriales, ejercen en concreto la potestad reglamentaria.

4.5.1.2. El procedimiento de elaboración.

Este procedimiento estaba regulado anteriormente en el Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo, artículos 129 a 132, ambos inclusive. En la actualidad ha sido derogado por la disposición derogatoria única, apartado 1, de la Ley 50/1997 del Gobierno.

La mencionada norma establece en su artículo 24 el nuevo procedimiento:

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.
- b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo (párrafo introducido por el art. 2.º de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno).

- c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

- d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).
 - e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, regulado en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.
 - f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.
2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.
 3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
 4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Desde el punto de vista teórico, este procedimiento es absolutamente obligatorio para la Administración, hasta el punto de que su inobservancia debe producir la nulidad del reglamento aprobado.

4.5.1.3. Irretroactividad.

Con apoyo en el artículo 9.3 de la Constitución, el reglamento no puede establecer normas, en cuanto éstas afecten a los administrados, más que para el futuro. Es otra de sus diferencias con la ley, puesto que la voluntad soberana de ésta puede alcanzar a dar a sus preceptos fuerza retroactiva.

4.5.2. Los límites sustanciales o materiales.

Son los siguientes:

4.5.2.1. La jerarquía normativa.

El primero de los límites materiales que condicionan la utilización de la potestad reglamentaria consiste en la eficacia del principio de jerarquía normativa, que posee dos aspectos. En primer lugar, los reglamentos están lógicamente subordinados a la Constitución, a las leyes y a las normas con fuerza de ley. Pero asimismo, y en segundo lugar, los reglamentos se hallan jerarquizados entre sí; de acuerdo con el rango de la autoridad que los dicta, dichos reglamentos poseen una eficacia diversa, de tal modo que los dictados por autoridades inferiores no pueden de ninguna forma vulnerar, quebrantar o derogar los preceptos contenidos en los dictados por autoridades superiores. Así lo dispone explícitamente el artículo 23.3 de la Ley del Gobierno:

«Los Reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:

- 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros.
- 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial».

4.5.2.2. La materia reglamentaria.

Un límite material no bien conocido, pero obvio, del uso de la potestad reglamentaria, consiste en su constricción a determinadas materias, estándole vedadas otras. En efecto, es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico que el reglamento no pueda actuar en todos los campos: existen determinadas materias «no administrativizadas», esto es, inmunes al ejercicio de la potestad reglamentaria; así ocurre, por ejemplo, con la materia civil, con la materia procesal, con la materia penal, y con la materia mercantil (aunque en este último caso podrían señalarse algunas excepciones importantes).

La explicación de esta aparente inmunidad de determinadas materias al ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra en el simple hecho de que la mayor parte de las mismas son materias reservadas a la ley; una reserva, en estos casos, de una intensidad que hace prácticamente inviable la colaboración del reglamento con la ley, en cualquier grado en que esta colaboración pudiera producirse. Se trata, en definitiva, de materias en las que la relación de la Administración con los ciudadanos es una relación de supremacía general, y en la cual el reglamento no puede entrar de ninguna forma sin una previa y explícita habilitación legal, que en la mayor parte de los casos, como hemos visto, no se da. La llamada materia reglamentaria alude al campo normal de actuación de la potestad de este tipo, campo normal que está constituido por la temática organizatoria.

4.5.2.3. El respeto a los límites generales de las potestades discrecionales.

Una limitación genérica al uso de la potestad reglamentaria consiste en la necesidad de respeto por parte de la misma de los límites genéricos que el ordenamiento impone al empleo de las potestades discrecionales (una de las cuales, y quizá la más típica de todas, es la potestad reglamentaria). Ello supone que, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la Administración debe respetar los hechos determinantes, el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, y los principios generales del Derecho. El desarrollo de todos estos extremos corresponde, no obstante, a la teoría de la potestad discrecional.

4.5.3. Control de los reglamentos ilegales.

Hemos visto ya en las páginas precedentes que los reglamentos deben observar una serie de límites, materiales y formales, de cuyo respeto depende su validez. Hemos visto también que estos límites no se reducen sólo a la Constitución y a la ley, sino que comprenden igualmente los principios generales del Derecho y otras exigencias institucionales derivadas del carácter esencialmente subalterno de la potestad reglamentaria. Si cualquiera de estos límites, legales o extralegales, es rebasado, el reglamento en cuestión resultará viciado. En este sentido amplio, es, pues, como hay que tomar la expresión habitual «reglamentos ilegales», y no en el más estricto de reglamentos contrarios a la ley.

A continuación examinaremos qué consecuencias trae consigo la infracción por un reglamento de cualesquiera de los límites expuestos y cuáles son los medios que el ordenamiento jurídico en vigor arbitra para depurar los reglamentos que por esta razón resultan viciados, es decir, cuáles son los medios técnicos de impugnación y defensa frente a los reglamentos ilegales.

4.5.3.1. La sanción de nulidad de pleno derecho.

El ordenamiento jurídico vigente establece para los reglamentos ilegales la sanción de nulidad de pleno derecho, la más grave de las que conoce dicho ordenamiento.

La declaración de nulidad no está sometida a plazo alguno ni requiere petición alguna del inmediatamente afectado por el acto o la norma viciados. La nulidad de pleno derecho puede declararse en cualquier momento, a instancia de parte o, incluso, de oficio por la propia Administración o por los Tribunales. El consentimiento del afectado no añade ni quita nada, es perfectamente intrascendente. El simple transcurso del tiempo tampoco sana el acto o la norma viciados, que siguen siendo absolutamente nulos como en el momento en que fueron dictados. Por otra parte, la nulidad de pleno derecho produce efectos en cadena y se comunica a los actos y normas subsiguientes de forma automática. Este régimen tan riguroso se justifica por la gravedad de los vicios a los que se aplica esta sanción. Se trata, en efecto, de vicios que trascienden al puro interés de los particulares y que afectan al interés de todos, al orden general, al orden público, según la expresión de nuestra jurisprudencia.

Pues bien, la nulidad de los reglamentos ilegales es, según nuestro ordenamiento en vigor, una nulidad de esta clase, absoluta, radical o de pleno derecho.

Así lo proclaman los artículos 1.2 del Código Civil («carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior»).

Así lo dice, en fin, el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor:

«También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

Por último, establece el artículo 23.3 *in fine* de la Ley del Gobierno: «Ningún Reglamento podrá vulnerar los preceptos de otro de jerarquía superior».

4.5.3.2. Medios técnicos de reacción frente a los reglamentos ilegales: la defensa contra los reglamentos ilegales.

A) La técnica general de la inaplicación de oficio.

Los reglamentos ilegales constituyen, como hemos ya podido advertir, un fenómeno sumamente grave de la vida jurídica. El ordenamiento ha de reaccionar necesariamente con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él supone el reglamento ilegal.

Ello obliga a que antes de la aplicación de un reglamento deba contrastarse con toda atención su conformidad a las leyes. De éstas habíamos dicho que por su sola publicación formal se imponen a los ciudadanos, a las autoridades y a los Tribunales, irresistiblemente -salvo la posibilidad de su declaración de inconstitucionalidad, reservada al Tribunal Constitucional, como ya sabemos-. Con los reglamentos viene a ocurrir en cierto modo lo contrario: la mera publicación de un reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a ésta ha de cuestionarse, por todos los destinatarios, y sustancialmente por los Jueces, si esa aplicación no implica la inaplicación de una ley -de la ley que eventualmente el reglamento ha podido violar-. El reglamento es así una norma necesariamente puesta en cuestión, afectada por la necesidad de un «enjuiciamiento previo» sobre su validez antes de pasar a su aplicación. Si de ese enjuiciamiento previo resultase que el reglamento contradice a las leyes, habrá que rechazar la aplicación del reglamento con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la ley por él violada; habrá que rehusar, pura y simplemente, aplicar el reglamento ilegal, o en términos positivos, habrá que inaplicarlo.

Hoy el texto del artículo 117.1 de la Constitución al declarar a los Jueces y Tribunales «sometidos únicamente al imperio de la ley», les obliga más enérgicamente a buscar el respaldo legal de todo reglamento antes de cualquier aplicación de los mismos, pues a éstos en cuanto tales no están sometidos y deben, por tanto, negarles su aplicación cuando la ley no sólo no les habilite, sino que los excluya.

La inaplicación es la técnica por excelencia arbitrada por el ordenamiento frente al reglamento ilegal. Pero se comprende que la misma, no obstante su energía, no puede ser suficiente como medio práctico para luchar contra los reglamentos ilegales, desde el momento en que la apariencia de estos reglamentos, aun inaplicados, permanece y continúa produciendo una buena parte de sus graves efectos perturbadores. Un paso más del ordenamiento consiste en pasar de esa suerte de resistencia pasiva que es la inaplicación a una resistencia activa y ofensiva, que persigue la eliminación tanto de la fuerza vinculante del reglamento ilegal como de su apariencia formal perturbadora. Son los remedios que estudiamos seguidamente.

B) Revisión de oficio de los reglamentos ilegales.

La Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha establecido en el nuevo artículo 102.2 de la misma, la posibilidad de revisión de oficio de los reglamentos ilegales, en los términos siguientes: «Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2».

El párrafo 4.º del artículo 102 establece:

«Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta ley; sin perjuicio de que tratándose de una disposición subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma».

Por su parte, la LRJ-PAC continúa manteniendo en su nuevo artículo 107.3, la imposibilidad de interponer recurso en vía administrativa contra los reglamentos.

C) Los recursos contencioso-administrativos.

El principal medio técnico de reacción activa de los particulares frente a los reglamentos ilegales viene constituido por los recursos contencioso-administrativos. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa encomienda expresamente a los Tribunales de dicha jurisdicción el conocimiento «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo y con las disposiciones generales de categoría inferior a la ley» (art. 1). Esto quiere decir, en definitiva, que una de las funciones específicas de la jurisdicción contencioso-administrativa es controlar la legalidad de los reglamentos y la de declarar, consecuentemente, la nulidad de los que estén afectados de algún vicio. Así lo declara con mayor solemnidad el artículo 106.1 de la Constitución: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa».

Existe, pues, la posibilidad de lograr una anulación judicial *erga omnes* (y no una simple inaplicación en un caso concreto) del reglamento ilegal. El artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone, en efecto, que «la anulación de una disposición o acto producirán efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada».

Desde el punto de vista de los particulares, esta forma técnica de control de los reglamentos ilegales es, sin duda, la más interesante, en la medida en que son ellos mismos quienes pueden adoptar la iniciativa, bien impugnando directamente el reglamento viciado (recurso directo), bien impugnando el acto concreto de aplicación de dicho reglamento en base, precisamente, a la ilegalidad de este último (recurso indirecto). Este control jurisdiccional se ve hoy reforzado mediante la llamada «cuestión de ilegalidad» que introduce la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 en su artículo 27, el cual establece:

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.
2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

D) Recurso contra reglamentos y jurisdicción constitucional.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 (en adelante LOTC) incluye entre las competencias de esta jurisdicción varios supuestos de control de reglamentos. En la Constitución únicamente aparecía el caso del artículo 161.2: el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional «disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas», supuesto al que la LOTC dedica sus artículos 76 y 77. Pero el legislador, utilizando con cierta libertad la cláusula abierta por el artículo 161.1 d) de la Constitución, ha incluido entre los supuestos de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí, el caso de que cualquiera de dichas entidades dicte un reglamento o, en su caso -conflicto negativo-, lo omita (arts. 61, 62 y 63), supuesto que determinará también un conocimiento por parte del Tribunal Constitucional de verdaderos recursos contra reglamentos si el conflicto se formaliza como tal.

¿Cómo se articula esta competencia del Tribunal Constitucional con la propia de los Tribunales contencioso-administrativos, a los que la propia Constitución, artículo 106.1 -y art. 153 c), para el caso de los reglamentos de las Comunidades Autónomas-, atribuye el conocimiento normal de los recursos contra reglamentos? La cuestión no es dudosa: se trata de una competencia no exclusiva del Tribunal Constitucional, sino compartida con los Tribunales contencioso-administrativos, de modo que las mismas entidades que en los casos indicados pueden plantear el problema ante el Tribunal Constitucional podrían hacerlo igualmente ante el Tribunal contencioso-administrativo competente por vía de un recurso de esta naturaleza.

La sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva estas impugnaciones ocasionales contra reglamentos se impondrá a todas las jurisdicciones, pero exclusivamente respecto al tema de conformidad o disconformidad del reglamento con la Constitución, y en concreto con el orden de competencias territoriales por ésta diseñado, pero dejará intacta a los demás Tribunales, contencioso-administrativos y ordinarios, la posibilidad de apreciar la ilegalidad de un reglamento cuya constitucionalidad haya declarado el Tribunal Constitucional por otros motivos diferentes.

Esa prevalencia de la decisión del Tribunal Constitucional, aunque limitada al ámbito de competencias de éste, parece que obliga a que si está abierto otro proceso contra el mismo reglamento ante un Tribunal contencioso-administrativo, este proceso debe suspenderse por prejudicialidad hasta que se dicte la sentencia del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 41 a 58 de la LOTC) regula el denominado "recurso de amparo", que protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, originadas por "disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los Poderes Públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes". "Igual protección es también aplicable al derecho a la objeción de conciencia del artículo 30 de la Constitución" (art. 41 de la LOTC).

Por tanto, el Tribunal Constitucional puede conocer del recurso de amparo contra aquéllos reglamentos que incurran en violación de los derechos anteriormente mencionados, y siempre en los términos que fija la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En este sentido, el recurso de amparo contra violaciones de los derechos señalados, originadas por disposiciones reglamentarias del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios (o de los órganos

ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes), exige el agotamiento de la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución (art. 43 de la LOTC), que no es otra que la del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Dicho recurso contencioso-administrativo podrá tramitarse siguiendo el procedimiento general previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), o, indistintamente, el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, regulado actualmente en los artículos 114 a 122 de la misma Ley 29/1998.

5. OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Las fuentes se clasifican en directas e indirectas. A su vez las fuentes directas pueden ser escritas y no escritas; primarias y secundarias. Las fuentes primarias son: la Constitución, la ley y el reglamento, y la secundarias son la costumbre y los principios generales del Derecho, y ello es así porque se aplican supletoriamente, es decir, en defecto de norma escrita.

5.1. FUENTES SUBSIDIARIAS.

5.1.1. La costumbre.

La teoría de la costumbre como forma de producción jurídica se ha centrado, desde siempre, en dos temas fundamentales. Primero, cuáles sean su naturaleza y sus límites, los requisitos que permiten reconocerla como existente. Segundo, cuál sea su fuerza y eficacia jurídica en relación con la norma escrita. De ambos, sólo el segundo plantea problemas específicos, en el Derecho público, toda vez que el primero corresponde a la teoría general del Derecho. Así pues, el problema fundamental que plantea la teoría de la costumbre es el de su fuerza y eficacia en relación con la norma escrita. Esta cuestión puede analizarse en tres planos distintos de concreción: en el del Derecho en general, en el Derecho público y en el singular del Derecho Administrativo español. Concretándonos a este último, vemos enseguida en los estudios doctrinales dos circunstancias significativas: primera, una gran disparidad de opiniones en cuanto a conceder o no eficacia a la costumbre; segunda, un tratamiento del tema bastante superficial, salvo excepciones muy contadas, que se remite a lo establecido con carácter general por las normas generales del respectivo Código Civil. Profundizando un poco más, sin embargo, es fácil comprobar que las discrepancias dogmáticas son más aparentes que reales y que, a fin de cuentas, la postura mayoritaria termina siendo muy similar: prácticamente todos los autores admiten la costumbre en el Derecho Administrativo, si bien resaltando su escaso campo de aplicación. Lo que ocurre, es que la perspectiva adoptada es en cada caso diversa: unos la niegan con carácter general, pero la admiten excepcionalmente; otros la admiten, pero recalando su escasa importancia.

Para contemplar el problema en el ámbito del Derecho Administrativo español vigente es preciso distinguir las tres modalidades conocidas de la costumbre. Dejando para un momento posterior el problema de la costumbre *contra legem*, debemos referirnos a las formas de la costumbre supletoria o *praeter legem*, y de la costumbre interpretativa o *secundum legem*.

La eficacia de la costumbre *praeter legem* abarca dos posibles supuestos: el de la costumbre a la que expresamente se remite la norma escrita y el de la aplicabilidad de la costumbre formada en ámbitos no regulados por la norma escrita, y a la que ésta no se remite, expresa ni tácitamente.

El primero de los supuestos no ofrece problema alguno. No son infrecuentes los casos en que las leyes y reglamentos se abstienen de regular determinados tipos de relaciones remitiendo esta norma a las costumbres o usos locales.

Las más conocidas de estas remisiones son las siguientes:

1. El mantenimiento del régimen municipal especial denominado de Concejo abierto en todos aquellos municipios «que tradicionalmente cuenten con este singular régimen de gobierno y administración»; un sistema en el que su órgano fundamental, la llamada Asamblea vecinal, se regirá, en su funcionamiento, por «los usos, costumbres y tradiciones locales» [art. 29.1 b) y 3 LBRL].
2. El respeto de los regímenes locales de aprovechamiento y disfrute de bienes comunales, los cuales se ajustarán «a las reglamentaciones locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas» (art. 78 RBCL).
3. La remisión, en cuanto a la forma de publicación de los bandos locales, al «uso y costumbre de la localidad» (art. 7.3 RS).
4. La remisión a la costumbre para la regulación de los procedimientos de los Jurados de las Comunidades de usuarios de aguas (art. 76.6 Ley de Aguas).
5. El respeto a la «organización tradicional» de los Jurados o Tribunales de Riego existentes (art. 77, párr. 2.º Ley de Aguas); el más importante de los cuales, el Tribunal de las Aguas de Vega de Valencia, está también reconocido como «Tribunal consuetudinario y tradicional».
6. La remisión a «los usos y costumbres del lugar» para resolver las dudas que se susciten en cuanto a la propiedad de las piezas de caza (art. 22.6 Ley de Caza).

El segundo supuesto es más problemático. En defecto de norma escrita, y sin remisión alguna por parte de ésta, ¿deben aplicarse las costumbres que existan? La cuestión es compleja, como lo demuestra el enfrentamiento de dos tesis contradictorias: según la primera, la costumbre no es aplicable en tal caso; en ausencia de norma escrita, la Administración no está vinculada y, por lo tanto, puede obrar, conforme a su potestad discrecional, de la manera que considere más adecuada para la satisfacción del interés público. De acuerdo con la segunda, la costumbre es aplicable por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.3 del Código Civil (norma con eficacia en todo el sistema normativo).

Desde nuestro punto de vista, la segunda tesis parece claramente preferible, si bien no puede asumirse sin importantes matizaciones. Que el artículo 1.3 del Código Civil es de aplicación general y, por tanto, también en el Derecho Administrativo, es un hecho al que no puede oponerse una razón seria; pero hay dos razones adicionales que caminan en el mismo sentido. La primera es el apartado 7 del mismo precepto, con arreglo al cual «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Es dudoso que la Administración pueda invocar una potestad discrecional en ausencia de norma escrita; pero lo que es notorio es que dicha invocación no vale para los Tribunales; y si un acto administrativo se dicta, en ausencia de norma escrita, en contra de una costumbre, será ilegal y deberá ser anulado por el Tribunal, porque de lo que no cabe duda es que éste tendrá que aplicar la costumbre. Y la segunda razón adicional se encuentra en el precepto constitucional que proclama el «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» de la Administración (art. 103.1 CE); inciso este que desautoriza toda invocación a una libertad plena en ausencia de norma escrita; la costumbre es Derecho y, por lo tanto, ha de ser aplicada por la Administración.

Esta regla, sin embargo, debe ser matizada. El propio artículo 1.3 del Código Civil condiciona la aplicación de la costumbre a que exista como tal y a que «no sea contraria a la moral o al orden público». Los usos existentes, en primer lugar, tienen que merecer la condición de costumbre jurídica para vincular a la Administración; no es costumbre, pues, cualquier práctica rutinaria de la Administración, sino en la medida en que reúna todos los requisitos, externos e internos, que permiten calificarla como tal. Y, en segundo lugar, dicha costumbre no debe ser contraria al orden público, noción esta que remite a los principios básicos del Derecho Administrativo, uno de los cuales es el principio de legalidad o habilitación legal para actos de gravamen; no es admisible, por tanto, una costumbre o uso creador de una potestad administrativa de limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos (p. ej., no cabe invocar la costumbre para justificar la exacción de un tributo no establecido por norma legal alguna).

Igualmente problemática es la cuestión de la eficacia de la costumbre *secundum legem* o interpretativa: esto es, si puede considerarse costumbre y, por lo tanto, norma vinculante para la Administración una determinada forma o criterio de interpretar una norma escrita.

En España, la doctrina privatista es prácticamente unánime, desde F. de Castro, en negar valor vinculante al uso interpretativo o costumbre *secundum legem* (salvo en el caso del art. 1.287 CC). La nueva redacción del Título Preliminar del Código ratifica esta tesis de forma indirecta: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable... Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre» (art. 1.3). La intención del legislador de admitir sólo la costumbre *praeter legem* parece clara. Y no hay obstáculo alguno para trasladar esta regla al ámbito del Derecho Administrativo: antes al contrario. Y no sólo por el alcance general del precepto citado del Código Civil sino también porque nuestro Derecho positivo niega expresamente tal vinculación, al permitir a la Administración separarse válidamente «del criterio seguido en actuaciones precedentes» [art. 54.1 c) LRJ-PAC], con el solo requisito de motivar o exponer los motivos por los que se adopta esta nueva interpretación.

Relacionado con el problema que aquí se plantea, pero de diferente naturaleza, es el tema del denominado precedente administrativo: la cuestión básica que se plantea es si la adopción de un criterio por la Administración en un supuesto concreto vincula a ésta a resolver los casos semejantes que posteriormente se le susciten con arreglo al mismo criterio, o bien si puede apartarse del mismo.

Salvo alguna voz discrepante, la generalidad de la doctrina coincide en reconocer al precedente fuerza vinculante, siempre que se dé una identidad subjetiva y objetiva sustancial entre los supuestos comparados; y ello, no porque el precedente sea una costumbre o cualquier otro tipo de norma jurídica, sino por el mismo juego de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, y del derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Esto no obstante, la Administración puede separarse del precedente, y resolver en un sentido diverso, en dos casos: primero, cuando el acto invocado como precedente es ilegal (en cuya hipótesis, el conflicto entre los principios de igualdad y de legalidad ha de resolverse en favor de este último). Y segundo, cuando concurre un factor de interés público que aconseje adoptar un criterio diverso, pero, en este caso, la Administración está obligada a motivar su decisión [art. 54.1 c) LRJ-PAC, antes citado], esto es, a exponer en el texto de su resolución los motivos de interés público que imponen el cambio de criterio.

5.1.2. Los principios generales del Derecho.

Si la costumbre plantea problemas al teórico y al intérprete, estas dificultades se multiplican por cien a la hora de afrontar esa fuente evanescente y huidiza que se denomina principios generales del Derecho; uno de los conceptos más importantes y sobre los que más se ha escrito en la ciencia jurídica, pero que más complicado resulta definir. Con ellos ocurre algo semejante a lo que San Agustín decía del tiempo: todo el mundo sabe lo que es, pero nadie parece capaz de explicarlo.

Seguramente, la forma más sencilla de aproximarse a la temática de este concepto sea comenzar con un conjunto de constataciones absolutamente elementales. Primero, una constatación legal: los principios generales son invocados en normas escritas como una fuente del Derecho; así, entre nosotros, por el artículo 1.4 del Código Civil, según el cual «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Segundo, una constatación doctrinal. Existe una plena concordancia entre los autores en conferir a los principios generales una importancia considerable, un papel capital en el proceso de aplicación del Derecho. Pero la coincidencia termina ahí: todo lo demás (qué son estos principios, cuál es su origen, su fuerza de obligar, su función) es y ha sido siempre objeto de una viva polémica.

Y tercero, una constatación de la realidad. El lenguaje de las normas escritas y de todos los sujetos jurídicos (Administración, Jueces, doctrina) se encuentra repleto de expresiones sintéticas de la más variada naturaleza y función: directivas políticas (p. ej., principio de solidaridad, art. 138.1 CE), reglas de estructuración (p. ej., principio de legalidad, art. 9.3 CE; principio de jerarquía, art. 103.1 CE), reglas de justicia, reglas éticas (p. ej., buena fe), etc.

Es, sin duda, esta heterogeneidad la que explica la mayor parte de las polémicas doctrinales, cuyo vicio de origen se encuentra en que no existe un previo acuerdo, ni siquiera mínimo, acerca de cuál sea el objeto de la discusión: cada autor o grupo de autores está pensando, al hablar de los principios generales, en tipos de reglas diferentes.

Y esta falta de acuerdo sobre el objeto de análisis es lo que provoca la aparición de diversos seudoproblemas, que carecen manifiestamente de sentido en un examen realista de la cuestión.

Es preciso, pues, replantear el análisis desde su inicio de forma ordenada. Y para ello, debemos preguntarnos qué son, en concreto, los principios generales, de dónde nacen y cómo se manifiestan, y cuál es su función. Sólo entonces estaremos en condiciones de preguntarnos acerca de su significación y papel específico en el Derecho Administrativo.

1. La primera cuestión, qué son los principios generales, no puede recibir una contestación precisa por dos razones: primera, porque se trata de una categoría heterogénea, como hemos visto, que engloba reglas de muy diversa naturaleza y función; y segunda, porque se trata de una categoría abierta, esencialmente flexible.
2. La segunda cuestión, de dónde nacen y/o cómo se manifiestan los principios generales, es la que ha centrado el grueso de la polémica sobre esta figura. Hasta los años 50 de este siglo, la discusión se centró en torno al carácter immanente o trascendente de la categoría; para la línea de pensamiento positivista, los principios generales no eran otra cosa que normas implícitas, obtenidas por un proceso de abstracción o generalización progresiva de las normas escritas; y fue Delvecchio quien inicia la línea trascendentalista, afirmando que la fuente de los principios generales se encuentra en el Derecho Natural.

Esta polémica se prolongó en el tiempo con variantes innumerables, tanto iusnaturalistas (p. ej., las doctrinas sobre la naturaleza de la cosa, de los principios de razón, de la equidad), como positivistas o realistas (como la que fija el origen de los principios en la creación jurisprudencial, propugnada ante todo por J. Esser y, en España, por Puig Brutau), pero carece hoy por completo de actualidad. La posición más generalizada en nuestros días puede exponerse distinguiendo un origen inmediato y un origen mediato de los principios generales.

De forma inmediata, los principios han sido y son acuñados mayoritariamente por los dos tipos fundamentales de operadores existentes en un sistema jurídico, la doctrina científica y la jurisprudencia, y sólo excepcionalmente de modo directo por las normas escritas. Es, pues, en la creatividad de la labor científica y de la decisión judicial donde se gestan la práctica totalidad de los principios generales, en un tándem permanente, que actúan en constante interacción.

¿Y cuál es el origen mediato de estos principios? ¿De dónde los extraen la jurisprudencia y la doctrina? En este punto es obligado dar la razón, parcialmente al menos, a las doctrinas positivistas. Dejando a un lado el acervo de principios legados por el Derecho Romano, es evidente que un buen número de estos principios generales son abstraídos por inducción de las soluciones contenidas en una pluralidad de reglas escritas, bien se refieran a un instituto concreto (p. ej., la irrevocabilidad de la sentencia), a toda una materia (p. ej., el principio de conservación del contenido contractual), a una entera rama jurídica (p. ej., los principios de capacidad y progresividad respecto del Derecho Tributario), o a todo un sistema normativo (p. ej., el principio de legalidad).

3. La tercera cuestión, relativa a la función de los principios generales, tiene una evolución muy conocida. Es sabido cómo en su primera caracterización en los Códigos Civiles, los principios generales se instrumentaban como una norma puramente subsidiaria, a la que el Juez debía recurrir únicamente en defecto de norma escrita y de los demás procedimientos para la cobertura de lagunas (en defecto de ley y de costumbre, en la versión original del art. 6 CC). No tardó mucho la doctrina en percatarse, sin embargo, de que relegar la función de los principios a un papel subsidiario no respondía a la realidad del proceso de aplicación del Derecho, por cuanto éstos operaban simultáneamente con la ley y la costumbre y, en ocasiones, con un valor aparentemente superior a una y otra. Como decía F. de Castro, se aplican antes, en y después de la ley y la costumbre.

Es común reconocer a los principios generales, con una u otra terminología, una cuádruple función.

En primer lugar, una función directiva general de todo el proceso de creación y aplicación del Derecho.

En segundo lugar, una función interpretativa, sin duda, la más importante de todas.

En tercer lugar, una función integradora de las lagunas del sistema normativo. Se trata de una función que permite al Juez resolver en Derecho los conflictos que se le plantean, en ausencia total de norma escrita (y de costumbre, allí donde ésta es aplicable).

Y, por último, una función constructiva, limitada al puro ámbito doctrinal, pero no por ello menos importante.

4. Obviamente, todas las consideraciones anteriores son aplicables por entero al sector concreto del Derecho Administrativo, y aun con mayor intensidad, quizá, que a otras ramas del sistema normativo general.

La razón se encuentra en la radical juventud e inmadurez del Derecho Administrativo, de sólo dos siglos escasos de existencia. Es un hecho comprobado hasta la saciedad por los sociólogos del Derecho que, por lo general, las ramas jurídicas no se construyen inicialmente en base a normas escritas, las cuales no hacen sino terminar formalizando las reglas construidas con anterioridad en el ámbito de la normación difusa, ya sea la costumbre (como en el Derecho Mercantil) o los principios generales (en el Derecho Administrativo). El Derecho Administrativo, en efecto, no tiene su origen en una construcción legislativa, sino en una lenta e irregular elaboración jurisprudencial y doctrinal.

5.2. FUENTES INDIRECTAS.

Cabe mencionar las siguientes:

5.2.1. La jurisprudencia.

La referencia a la jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código Civil («La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho») ha reavivado la polémica de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho en general, y por ello del Derecho Administrativo. Como señala Santos Briz, este texto legal refleja el cambio operado respecto a la doctrina tradicional de la estricta sumisión a la ley, al instituir a la jurisprudencia no como fuente formal del Derecho, calificativo que únicamente ostentan la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, sino como fuente real e institucional, ya que la labor creadora no se aloja sólo en la elaboración de normas generales ni en las fuentes materiales o formales, sino también en la aplicación de las normas en el proceso que no es sólo actividad de subsunción, sino además de creación jurídica. Es la tarea judicial función de realización o de elaboración e individualización del Derecho. Incumbe al Juez o Jurista oficial una misión más importante de individualizar el Derecho, integrarlo con soluciones nuevas y, dentro de ciertos límites, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo.

Este papel integrador de la jurisprudencia tiene gran importancia en el campo jurídico-administrativo. En efecto, la codificación menor que en esta parcela se produce con respecto a la jurídico-privada y su vinculación más estrecha con los principios y criterios que se configuran en la Constitución, imponen lo dicho.

En último término, cabe recordar la significación que en el campo administrativo reviste, junto a la jurisprudencia propiamente dicha, la llamada jurisprudencia menor o doctrina administrativa de determinados órganos de la Administración con potestades de juzgar, como, por ejemplo, las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.

5.2.2. Tratados internacionales.

Parece claro que los tratados internacionales, como dice Garrido Falla, sólo pueden reputarse fuentes indirectas del Derecho Administrativo, pues sin contener de suyo disposiciones inmediatamente aplicables sirven de base, sin embargo, a una ulterior promulgación de ellas. El tratado internacional sin más no es de por sí vinculante ni constituye norma del ordenamiento español hasta que se efectúa su incorporación al mismo, aunque tal circunstancia se produzca tan sólo con su publicación íntegra en el BOE, según impone el apartado 5 del artículo 1 del Título Preliminar de nuestro primer texto sustantivo. Planteamiento confirmado por el primer inciso del apartado primero del artículo 96 de la Constitución, de conformidad con el cual «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Punto importante, una vez incorporado el tratado a nuestro ordenamiento jurídico, es el de su situación en la pirámide normativa, o, en otras palabras, su rango jerárquico. En los preceptos constitucionales consagrados a este extremo no se precisa tal rango, y, en consecuencia, hay que estar a lo que se infiera de los artículos 93 y 94 de la Constitución, con arreglo a los cuales:

- Si la autorización parlamentaria de la celebración del tratado ha de revestir la forma de ley orgánica -art. 93- ocupará aquél el lugar propio de ésta en la escala de la jerarquía normativa.

- Si la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requiere la previa autorización de las Cortes Generales -art. 94- lo lógico es que ésta se otorgue mediante ley ordinaria, dada la interpretación sistemática que hay que dar a los artículos 93 a 96 de la Constitución Española.
- Los tratados o convenios de los que sólo tengan que ser informados el Congreso y el Senado (apartado 2 del art. 94) ocuparán en el escalón jerárquico el lugar que les sea propio según el rango de la disposición -emanada del Gobierno y no parlamentaria- que las incorpore al ordenamiento jurídico.

5.2.3. La doctrina científica.

Dado el desarrollo y el grado de elaboración del Derecho Administrativo, la doctrina científica ha alcanzado un lugar preeminente en el largo proceso de su formación y perfeccionamiento. Pero de ahí a considerarla como fuente, aunque indirecta, del mismo, hay un buen trecho.

Ha habido autores, como García Oviedo, que han opinado que la doctrina científica tiene un valor estimabilísimo que lo convierte en fuente indirecta del Derecho, sobre todo en los casos en los que se produce una opinión unánime en la que coinciden tratadistas y abogados de reputación y calidad. A pesar de lo cual, lo cierto es que la doctrina a lo sumo lo que hace es formular un conjunto de principios y de teorías que, de ser estimadas por las fuerzas sociales y políticas que detentan el poder creador normativo, pueden estimular las fuentes de producción jurídica, pero no más. Por ello, la doctrina científica no es ni fuente directa ni indirecta del Derecho Administrativo, sino instrumento de descubrimiento y facilitación normativa en beneficio de las verdaderas fuentes de éste.



