

# SOBRE EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA POTESTAD REGLAMENTARIA

POR

JUAN DE LA CRUZ FERRER

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

*SUMARIO: Introducción: 1. La fuerza expansiva de la potestad reglamentaria. 2. Objeto del estudio. Precisiones terminológicas. 3. Técnicas de control.—I. La existencia de potestad reglamentaria: 1. El ámbito de los reglamentos autónomos. 2. El ámbito de los reglamentos remitidos. 3. Conclusión sobre el ámbito de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria.—II. La participación de los interesados en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales: 1. Una aproximación a la cuestión en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos. 2. El régimen actual de la audiencia en España: Presupuestos constitucionales y fundamentación, regulación legal e interpretación jurisprudencial. 3. La participación de los interesados en cuanto técnica de control de la discrecionalidad.—III. La sumisión a los principios generales del Derecho.—IV. El control de la causa y del principio de proporcionalidad.*

## INTRODUCCIÓN

### 1. *La fuerza expansiva de la potestad reglamentaria*

La quiebra más clara del principio de la separación de poderes es el reconocimiento de una potestad reglamentaria al poder ejecutivo. En virtud de esta potestad, la Administración dicta normas jurídicas que conforman no sólo sus propias relaciones con los administrados, sino también la vida social. Eso sí, son normas de «segundo grado», sometidas a la Constitución y a las leyes, pero no por ello pierden su capacidad configuradora de enorme incidencia en las sociedades contemporáneas. Semejante fenómeno hace imprescindible la constante reflexión sobre los requisitos necesarios para que el ejercicio de esta potestad no se convierta en arbitrariedad negando el postulado del gobierno de las leyes y no de los hombres.

En el reconocimiento inicial de la potestad reglamentaria, ésta se legitimó en su ejercicio para la ejecución de las leyes. Así en Francia, en la Constitución del año VIII, en la Carta de 1814 y en la Carta de 1830 se declara que corresponde al rey «hacer los regla-

mentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes». En España, desde la Constitución de 1812, el Rey ha tenido la facultad de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes» (art. 171.1), fórmula que se repite casi literalmente en los textos constitucionales posteriores. Aunque con matices importantes, un fenómeno similar se producirá en los países anglosajones al permitirse a la Administración dictar reglamentos, pero dentro del marco y siguiendo las directrices de una delegación expresa del poder legislativo.

En esta primera etapa, el Legislativo mantiene un evidente protagonismo en la función normativa de la sociedad. Sólo corresponde al Ejecutivo una función normativa de concreción y pormenorización de las normas legislativas.

Entrado el presente siglo, el protagonismo normativo del Ejecutivo observará una constante expansión. Primero, por las diversas formas de colaboración legislativa reconocidas al Gobierno mediante los Decretos-Leyes y los Decretos Legislativos. Segundo, por las frecuentes habilitaciones para regular una materia apoyadas sobre las remisiones de la ley al reglamento. Tercero, por el surgimiento de una potestad reglamentaria independiente, reconocida en Francia por el Consejo de Estado a la Administración en los *arrêts Heyriès*, de 28 de junio de 1918, y *Jamart*, de 7 de febrero de 1936, para la organización de los servicios públicos, y en el *arrêt Labonne*, de 8 de agosto de 1919, para establecer medidas de policía. Reglamentos independientes que en España han sido una práctica habitual desde el siglo XIX (1) y que sólo después de la Constitución de 1978 comienzan a ser controlados de forma clara por la jurisprudencia. Este creciente protagonismo normativo del Ejecutivo se produce también en los países anglosajones donde las leyes de delegación van dejando enormes campos en manos de la regulación que efectúa la Administración.

Así, pues, nos encontramos con que en todos los países, salvando las importantes peculiaridades propias de cada uno, el Legislativo mantiene una función normativa preeminente y principal, de diseño y fijación de los grandes principios y líneas maestras del ordenamiento escrito. Pero, junto a esto, el Ejecutivo ha asumido

---

(1) Cfr. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en esta REVISTA, 87/1978, pág. 179, que citan la afirmación al respecto de ROYO-VILLANOVA; en el mismo sentido, GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, *Comentarios al artículo 97 de la Constitución*, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 63-64, quienes citan diversos ejemplos.

una importante función de normación secundaria, en virtud de la cual se regulan aspectos importantes de la vida social.

Por lo que respecta a Europa, determinadas predicciones (2) apuntan hacia un posible repliegue del intervencionismo estatal que, de hecho, ya se está produciendo claramente en países como Gran Bretaña, Dinamarca y Francia. Este repliegue supondría la prestación de determinados servicios públicos por la iniciativa privada y haría que la Administración dejara de ejercer en esos sectores una actividad de servicio para asumir una irrenunciable función de policía que, inevitablemente, se manifestaría en normas reglamentarias. Esto, al menos, es lo que nos enseña la experiencia de la Administración norteamericana, cuyas agencias desempeñan esencialmente funciones de policía para el control y canalización de la industria, el comercio, los mercados financieros, los transportes, las comunicaciones, la educación, la sanidad..., servicios que, en algún caso, también podrían pasar en los países europeos a la iniciativa privada y requerirían un control de policía por vía reglamentaria, aunque no hay que dejar de observar también las crecientes demandas y proyectos de «desreglamentación».

En definitiva nos encontramos con que la Administración dispone de un importante poder en la ordenación jurídica de la sociedad. Semejante poder debe ser enmarcado en las coordenadas definidas por los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho para que efectivamente responda a sus postulados. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, nos encontramos ante una potestad discrecional. Marcel WALINE señalaba que la esencia del Derecho Administrativo es «el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación de cara a la protección de los derechos de terceros» (3).

Esta preocupación por el análisis de la discrecionalidad reglamentaria me ha llevado a plantear una aproximación a sus diferentes grados y manifestaciones y a posibles técnicas de control que fomenten una mejor realización de los intereses públicos, colectivos e individuales.

(2) Vid. Laurent COHEN-TANUGI, *Le Droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, París, 1985. El autor intenta demostrar un proceso social hacia un repliegue del intervencionismo, un mayor protagonismo de la iniciativa privada y una creciente importancia del Derecho en la ordenación social: «*moins d'Etat, plus de Droit*». (Cfr. mi recensión en la «Revista Española de Derecho Administrativo», 49/1986, págs. 131 y ss.)

(3) *Etendue et limites du controle du juge administratif sur les actes de l'administration*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», 1956, pág. 25.

## 2. Objeto del estudio. Precisiones terminológicas

El planteamiento es, por tanto, el grado de discrecionalidad de que dispone la Administración en la elaboración de los reglamentos. Porque, obviamente, a mayor intensidad de discrecionalidad, mayor deberá ser la precisión sobre el ámbito de la potestad y sus técnicas de control. Desde esta perspectiva, la distinción que interesa es la realizada tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia entre reglamentos ejecutivos e independientes.

La falta de concreción del ámbito y naturaleza del reglamento ejecutivo (4) movió al Consejo de Estado a elevar al Gobierno la conocida moción de 22 de mayo de 1969, en la que trató de uniformar los criterios y concretar el concepto de reglamento ejecutivo. El Consejo consideró que éstos eran los que estaban

«directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento» (5).

De otra parte, los reglamentos independientes serían aquellos que vendrían a regular una materia ni reservada a la ley ni regulada aún por ésta. En esta primera y simple aproximación queda claro que donde es verdaderamente importante el grado de discrecionalidad es en el ámbito de los reglamentos independientes. Sin embargo, profundicemos un poco más y situemos —como es de obligado cumplimiento— la potestad reglamentaria en el marco constitucional, porque es este marco el que nos va a indicar los diferentes niveles de discrecionalidad. Como señala TORNOS MAS, el texto constitucional «impone no sólo un contenido sustancial en relación a diversos ámbitos materiales, sino que también dispone el mecanismo de ordenación de las diversas fuentes del ordenamiento. Reparto entre las fuentes que responde a una distribución de cometidos, y *por tanto de poder*, entre diversos órganos constitucionales» (6).

(4) Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español*, en esta REVISTA, 77/1975, págs. 139 y ss.

(5) El texto de la Moción puede encontrarse en el núm. 69 de esta REVISTA, págs. 469 y ss.

(6) *La relación entre la Ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa.*

¿Cuál es por tanto en la Constitución el cometido de la Administración en la producción del Derecho, el ámbito del poder reglamentario? La respuesta queda subordinada a la cuestión principal, esto es, el ámbito del poder legislativo. Un ámbito que tiene unos límites mínimos, definidos por las reservas de ley, pero que no tiene unos límites máximos, puesto que la ley puede regular cualquier materia (7). De ahí que el ámbito de la potestad reglamentaria en la Constitución sea esencialmente *residual* (8). La Administración sólo podrá dictar reglamentos en aquellas materias ni reservadas por la Constitución a la ley (reserva material) ni ya reguladas por la ley (reserva formal), salvo que exista remisión de la ley al reglamento.

Podríamos calificar entonces a los reglamentos dictados en materias ni reservadas ni reguladas como reglamentos independientes y a los reglamentos dictados por remisión de una ley como ejecutivos, como se viene haciendo hasta el momento. Ahora bien, esta clasificación y estos términos, ¿dan cuenta de la naturaleza de la potestad ejercida por la Administración? Pienso que merece la pena apuntar algunas precisiones.

Respecto a los primeros, la jurisprudencia suele denominarlos con frecuencia como reglamentos *independientes, autónomos o «praeter legem»*. (Entre otras muchas, cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero y 10 de diciembre de 1982, 16 de junio de 1984 y 2 de diciembre de 1986.) Pero el término independiente no parece coherente en el marco de nuestro sistema constitucional. En efecto, no son *independientes* porque la materia regulada depende estrictamente del ámbito propio de la ley y porque la regulación que haga el reglamento también dependerá de la Constitución y de los principios generales del Derecho. En este sentido se manifiesta, por ejemplo, la Sentencia de 14 de mayo de 1984:

«Que el Real Decreto que nos ocupa entra, pues, dentro del ámbito asignado a la referida potestad reglamentaria de la Administración, aunque tal ámbito no deba ser favorecido con concesiones demasiado generosas, como las que se derivan de calificar de “inde-

Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional, núms. 100-102/1983 de esta REVISTA, págs. 471-472.

(7) Dentro, claro está, de los ámbitos competenciales definidos por el sistema de descentralización territorial.

(8) Cfr. CARRO y GÓMEZ-FERRER, *ob. cit.*, pág. 188; M. BASSOLS COMA, *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, en esta REVISTA, 88/1979, pág. 115; GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, *ob. cit.*, pág. 881.

pendientes" a ciertos Reglamentos —Sentencias 17 noviembre 1975, 13 de diciembre 1977, 24 noviembre y 17 diciembre 1980—, ya que, *de una forma directa, o indirecta, un Reglamento siempre tendrá que mostrarse de acuerdo con la Constitución y las Leyes.*»

Por lo que respecta al calificativo de autónomos, es usual en nuestra tradición jurídica y, por otra parte, es el que siempre se ha empleado en Francia, pero es forzoso hacer la observación de que tal calificativo no induzca a pensar en la existencia de unas materias reservadas al reglamento, según pretendió la Constitución francesa de 1958, situación que en nuestro sistema constitucional no se da bajo ningún concepto, como ha reconocido unánimemente la doctrina (9).

Por lo que respecta a los reglamentos ejecutivos, suele emplearse esta denominación para englobar a aquellos reglamentos que vienen a desarrollar, cumplimentar o precisar el texto o la remisión de una ley. Ahora bien, es importante subrayar que el grado de discrecionalidad de que dispone la Administración no es el mismo en todos los reglamentos llamados ejecutivos. En efecto, como veremos más adelante, la discrecionalidad reglamentaria depende de la profundidad vertical con que la ley regule la materia de que se trate. Si la ley efectúa una regulación material detallada, sólo cabrá un reglamento efectivamente ejecutivo que pormenore y concrete la regulación legal. Si por el contrario la ley se limita a la regulación de los aspectos más importantes o a la remisión en un aspecto, abriendo al reglamento un ámbito material pero no imponiéndole todo un contenido articulado, entonces denominar a ese reglamento «ejecutivo» no daría exacta cuenta de la operación normativa que ha realizado, disponiendo de un margen importante de libertad y no meramente ejecutando. Este fenómeno ya ha sido descrito por TORNOS MAS.

«en este último caso no estamos ante un reglamento independiente, pues existe una reserva material de ley,

---

(9) E incluso por lo que respecta a Francia, la labor de interpretación de los artículos 34 y 37 de la Constitución realizada por el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional ha relativizado enormemente la existencia de un ámbito material vedado a la regulación legislativa. (Cfr. SALAS, *De nuevo sobre los Reglamentos autónomos en Derecho español*, núm. 84 de esta REVISTA; FAVOREU, «Les règlements autonomes existent-ils?», en *Mélanges Georges Burdeau*, París, 1977; *Vingt ans d'applications de la Constitution de 1958: le domaine de la loi et du règlement*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1981.)

y ha sido precisa una ley previa de la que trae causa el Reglamento. Pero no es tampoco verdaderamente ejecutivo, no desarrolla el contenido de ley alguna, sino que regula de hecho sin límite material aquel contenido que la Ley le permite. Pudiera, pues, reconocerse la existencia de unos reglamentos que calificaremos de “remitidos” o dictados “por remisión”, como tercer género junto a los ejecutivos o independientes» (10).

Así, pues, podemos distinguir desde el punto de vista del grado de discrecionalidad, tres tipos de reglamentos. Primero, los *ejecutivos*, en los que el grado de discrecionalidad es *mínimo*, al limitarse su cometido a pormenorizar y concretar un esquema y un contenido diseñado por la Ley. Segundo, los reglamentos *remitidos*, que disponen de un grado de discrecionalidad que podríamos llamar *medio*, al poder regular con libertad el campo que le ha abierto la ley, pero respetando los principios y cláusulas de la remisión. Tercero, los reglamentos *autónomos*, que disponen de un grado de discrecionalidad *máximo*, al poder regular las materias ni reservadas ni reguladas por ley, sin más límites que la Constitución y los principios generales del Derecho.

Esta perspectiva pretende subrayar que la existencia de mayores niveles de discrecionalidad plantea la necesidad de técnicas de control más depuradas e incisivas porque, en definitiva, las materias en que la Administración dispone de un grado de discrecionalidad medio o máximo quedan a su libre configuración. Configuración «libre», discrecional, pero no exenta de presupuestos y de limitaciones diseñados por el ordenamiento jurídico para que esos niveles de discrecionalidad no se desvirtúen en mera arbitrariedad.

Este planteamiento parece necesario porque, curiosamente, en una de las potestades administrativas de mayor incidencia sobre la sociedad se observa que los controles no son tan amplios como deberían ser. Por poner solamente dos ejemplos que me parecen significativos, los reglamentos ejecutivos necesitan, según los artículos 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado y 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, el dictamen previo del Consejo de Estado y, sin embargo, los reglamentos autónomos no lo necesitan; o, mientras los actos singulares requie-

(10) *Ob. cit.*, pág. 486.

ren la previa audiencia a los interesados —art. 91 de la LPA—, los reglamentos no parecían hacerla necesaria. (Vid. *infra*.) En los dos casos nos encontramos con dos supuestos de mayor discrecionalidad y de menores controles.

Veamos, por tanto, algunas técnicas diseñadas por el ordenamiento para el control de la potestad reglamentaria.

### 3. *Técnicas de control*

No es mi intención aquí hacer un desarrollo de todas las posibles técnicas de control sobre la discrecionalidad reglamentaria. Más modestamente, sólo se pretende llamar la atención sobre algunas técnicas que pueden facilitar este control: la existencia de potestad reglamentaria; la participación de los interesados en la elaboración de disposiciones generales; su sumisión a los principios generales del Derecho y una aproximación al control de proporcionalidad.

## I. LA EXISTENCIA DE POTESTAD REGLAMENTARIA

La primera cuestión en el análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de un reglamento es la propia existencia de una potestad que habilite a la Administración para actuar en este sentido (11). En principio, la propia Constitución en su artículo 97 atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes. Ello fuerza una interpretación sistemática para delimitar el ámbito de esa potestad reglamentaria. Ámbito que es distinto para los reglamentos autónomos y para los reglamentos remitidos, que son los que ahora nos interesan desde el punto de vista de su discrecionalidad.

### 1. *El ámbito de los reglamentos autónomos*

La Constitución atribuye una potestad reglamentaria genérica al Gobierno en el artículo 97, pero sin precisar su ámbito. Por el

---

(11) Cfr. la explicación técnica del principio de legalidad de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 285 y ss.



contrario, el texto constitucional sí se ocupa de precisar las materias reservadas a la ley orgánica y a la ley ordinaria. De ahí que el ámbito de la potestad reglamentaria autónoma sólo pueda estar en aquellas materias no reservadas a la ley ni tampoco reguladas por ella (reserva material y reserva formal). (Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1986 y 10 de marzo de 1982.)

Según GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (12), este ámbito de la potestad reglamentaria debe ceñirse al ámbito de las relaciones organizativas *internas* y de supremacía especial, siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados. Sin embargo, el reglamento autónomo está excluido en el ámbito normativo *externo* a la Administración que implique definición abstracta de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la ley. Este criterio es claramente recogido y sustentado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981 y 28 de febrero de 1983, entre otras.

Pero, como precisan los autores citados y también expone GÓMEZ-FERRER (13), no puede olvidarse que la propia Constitución enuncia algunas reglas de organización administrativa (arts. 97, 103, 104, 107, etcétera) y que incluso reserva a la Ley determinadas materias organizativas y relativas a las relaciones de supremacía especial (régimen jurídico de los órganos de la Administración del Estado, artículo 103.2; estatuto de la función pública, artículo 103.3; estatuto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 104.2; legislación básica sobre los contratos y las concesiones administrativas, artículo 149.1.18; dominio público, artículo 132, etc.).

En definitiva, como concluye GÓMEZ-FERRER, el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno —independiente de la ley— no está previsto en la Constitución, que, sin embargo, deja abierta la posibilidad de que pueda delimitarse de forma residual, en la medida en que determinadas materias no estén reservadas a la ley, o no lo estén en su totalidad, y siempre que, aun en estos casos, no se haya producido o produzca la reserva formal al estar reguladas por ley (congelación de rango).

Por ello, el control de la existencia de potestad reglamentaria autónoma ha de realizarse caso por caso. Las materias normales en que podrá existir serán la organización interna y las relaciones

(12) *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1983, páginas 213 y ss.

(13) *Ob. cit.*, págs. 189 y ss.

de supremacía especial, pero teniendo en cuenta las limitaciones antes apuntadas. Sin embargo, el análisis de la jurisprudencia nos indica que ésta admite en determinadas ocasiones la existencia de potestad reglamentaria autónoma en materia de policía, planteando el problema de su legitimidad.

En este sentido, es significativa la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1985, que conoció de un recurso contra el Real Decreto de 25 de junio de 1982 que aprobó determinadas normas sobre la protección contra incendios de los edificios:

«A este alegato (el de la reserva de ley por entender que las medidas exigidas en el Real Decreto incidían en la libertad y en la propiedad) tenemos que responder que, por mucha que sea la vocación de los Tribunales al principio de legalidad, y dentro del mismo, al de reserva de Ley, lo que ha de traducirse en la práctica en una defensa cerrada de estos principios, sin embargo, ello naturalmente ha de producirse dentro de los límites que los propios principios presuponen, porque *la sola existencia de los reglamentos es indicativa de su necesidad*, reconocida en la Constitución española (art. 97); *necesidad que se acrecienta cuando, como con este Real Decreto sucede, se trata de una auténtica "regla técnica"*, alejada de los conocimientos de la mayoría de los componentes de las Cámaras legislativas... *se puede sostener que existen materias, como en las técnicas que nos ocupan, en las que se puede pensar, con todo el convencionalismo que se quiera, en una "materia reservada al reglamento"*. Una reserva naturalmente condicionada al respeto al principio de jerarquía normativa, a la Ley y al Derecho, a la Ley y a la Constitución... *El que la materia tratada por la disposición en controversia lo haya sido con el rango de reglamento, es consecuencia de ser una medida de policía, a resolver con criterios puramente técnicos.*»

En síntesis, el juez administrativo viene a decir que la policía exige —para el mantenimiento de la seguridad pública en este caso— que la Administración reglamente determinadas *cuestiones*

*técnicas*. Cuestiones que, precisamente por este carácter técnico, escapan a la perspectiva de la ley y deben, por tanto, ser abordadas por el reglamento. Además, el juez argumenta las mayores posibilidades de control sobre el reglamento que sobre la ley:

«Hoy día, en efecto, se da el fenómeno de la proliferación cada vez mayor de normas reglamentarias, pero con la contrapartida de una exigencia, cada vez más rigurosa, en el control de su legalidad, que como hemos visto se establece en los citados artículos 9,97 y 103 de la Constitución, y se reafirma en los artículos 6 y 8 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial. *Control que se efectúa sin ninguna cortapisa, a diferencia de lo que ocurre con respecto a las leyes, marginadas del mismo (art. 1 de la LJ), pudiendo tan sólo en cuanto a ellas plantear la cuestión de posible inconstitucionalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2.º de la tan repetida Ley Orgánica.*»

En la misma línea de legitimación por la función de policía se encuentra la Sentencia de 8 de junio de 1982, sobre las normas de fijación de precios del pan:

«no cabe entender que implique la ejecución de actos que recaigan sobre el derecho de propiedad privada ni afecten al principio de libertad de empresa consagradas en los preceptos constitucionales de que se ha hecho mención, por referirse los mismos sin duda a actos más trascendentes de incidencia directa y grave sobre aquéllos, a lo que escapan *reglas relativas a la mera comercialización de un producto* que por su repercusión en la vida de la comunidad, dada la gran difusión de su consumo, requiere normas especiales en defensa de prevalentes intereses sociales y *por tanto la regulación de la materia no es preciso que se aborde mediante disposición que ocupe en la escala de la jerarquía normativa el rango de ley, al no exceder de las meras facultades propias de la función administrativa de policía.*»

Similar criterio al de las Sentencias anteriores se mantiene también por la de 4 de febrero de 1982, relativa a los Decretos que instauraron el control de velocidad por radar, aunque aquí el juez declara expresamente que sería deseable la existencia de una Ley que regulara la circulación y transporte por carretera.

Finalmente, y en la misma línea, se pronuncian las Sentencias de 25 de junio de 1974 y de 11 de mayo de 1982, ambas recaídas sobre Decretos que imponían determinadas medidas de seguridad a las Cajas de Ahorro y a las entidades bancarias.

Sin embargo, con motivo de la Sentencia de 25 de junio de 1974, GARCÍA DE ENTERRÍA se pronunció en contra de que «una finalidad de orden público habilite un poder reglamentario especial, supuestamente más extenso que el ordinario» (14), y toda una línea jurisprudencial reaccionó en el mismo sentido precisamente con motivo de un Decreto sobre vigilancia y seguridad en Bancos (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril, 5 de mayo y 2 de junio de 1982, entre otras). Como ejemplo de esta doctrina, la Sentencia de 2 de junio de 1982, que contradice frontalmente a la de 11 de mayo de 1982, dispone:

«(Considerando de la Audiencia Nacional.) *No es posible invocar un presunto estado de sujeción especial para abrir al Reglamento independiente la posibilidad de llevar a cabo la regulación recogida en el Decreto 2113/1977, ya que tras la entrada en vigor de la Constitución, la Administración, sometida a esa primera norma y al resto del Ordenamiento jurídico y sujeta en su actuación a los principios de legalidad y jerarquía normativa, ha visto recortado el ámbito propio del Reglamento independiente al diseñarse un sistema jurídico en el que se proclama la primacía de la Ley (arts. 1.1, 9.3 y 66) y en el que incluso aquellos campos tradicionalmente reservados al poder doméstico de la Administración requieren la preexistencia de una ley formal habilitadora del ejercicio autónomo de la potestad reglamentaria (103.2 y 3; 98.4; 132.1 en relación con el 97).»*

---

(14) Cfr. *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, «REDA», 5/1975, págs. 203 y ss.

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril, puede prestar cierta claridad al problema al declarar que:

«La reserva de Ley no excluye “la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una *regulación independiente* y no claramente subordinada a la Ley” (STC 83/1984, de 24 de julio), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, *como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependen exclusivamente de la voluntad de sus representantes.*»

A la luz de esta Sentencia parece quedar proscrita la posibilidad de reglamentos independientes que, en el ejercicio de la potestad de policía para el mantenimiento del orden público, inciden con su regulación *en ámbitos materiales reservados a la ley*. Por ello, cualquier normativa reglamentaria, por necesaria que parezca, que incida sobre estas materias deberá disponer de la previa cobertura de una Ley que, además, tampoco podrá operar una remisión en blanco.

En conclusión, del examen del texto constitucional, de las interpretaciones doctrinales y de la jurisprudencia mayoritaria parece desprenderse que el ámbito de los reglamentos independientes queda extraordinariamente reducido porque hasta en las materias que le venían correspondiendo —organización administrativa, relaciones de supremacía especial— la Constitución ha operado determinadas reservas legales. De otra parte, y por lo que respecta a posibles reglamentos autónomos en materia de policía, ha de sostenerse que la Administración deberá contar con la cobertura de previas habilitaciones legales siempre que incida en los ámbitos materiales reservados por la Constitución a la ley; estando efectivamente el problema en la existencia de una *regulación efectiva* de materias reservadas; cuestión que previamente ha de plantearse la Administración y que toca controlar al juez. De las breves referencias jurisprudenciales apuntadas cabría extraer un primer criterio de interpretación jurisprudencial: la regulación de *cuestiones eminentemente técnicas* cae en el dominio de los reglamentos

autónomos (15), pero es preciso subrayar que sea cual sea la índole del reglamento el juez debe siempre controlar caso por caso que no incide en materias reservadas a la ley.

## 2. *El ámbito de los reglamentos remitidos*

Si en el anterior apartado nos hemos ocupado del ámbito que corresponde a la potestad reglamentaria en virtud de la reserva horizontal de materias, nos toca ahora aproximarnos al ámbito de esa potestad en virtud de la reserva vertical de una materia. La mayor o menor profundidad de la reserva vertical a la Ley en una materia será el índice de la mayor o menor discrecionalidad que corresponda al reglamento. Si la ley ha efectuado una regulación en profundidad de la materia, como regla general, el posible desarrollo reglamentario actuará con un grado de discrecionalidad mínimo, siendo entonces adecuado denominarle como reglamento «ejecutivo». Ahora bien, si la regulación legal de la materia reservada se limita a la enunciación de los principios fundamentales y a trazar las grandes líneas del régimen jurídico o, incluso, a remitir determinados aspectos a la regulación del reglamento, entonces el reglamento dispondrá de determinados espacios materiales en los que podrá realizar su regulación con libertad, por lo que, aunque se haya dictado para la ejecución de la ley, parece más adecuado denominarle como reglamento remitido.

La cuestión esencial es el grado de profundidad con que la ley está obligada a regular las materias que la Constitución le ha reservado. La respuesta a esta cuestión, obviamente, debe encontrarse en la jurisprudencia constitucional capaz de controlar el cumplimiento de la Constitución por las leyes. A este respecto contamos ya con un estudio clarificador e importante de TORNOS MAS sobre la relación entre la ley y el reglamento en el que aborda esta cuestión (16), llegando a las siguientes conclusiones: «Desde

(15) Lo cual es fácil de comprobar en el «BOE». Por citar sólo algunos ejemplos ilustrativos: Orden de 1 de julio de 1987 por la que se aprueban los métodos oficiales de análisis físico-químicos para aguas potables de consumo público; Real Decreto de 25 de junio de 1987 sobre modificación de la norma básica de edificación sobre condiciones de protección contra incendio de los edificios; Real Decreto de 8 de febrero de 1980 por el que se aprueba el Reglamento de almacenamiento de productos químicos; Orden de 10 de agosto de 1985 sobre nuevo margen de beneficios de las oficinas de farmacia.

(16) *La relación entre la Ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa*, núms. 100-102/1983 de esta REVISTA, págs. 471 y ss.

esta perspectiva parece posible apuntar la inconstitucionalidad de las remisiones en blanco (salvo en la esfera del reglamento independiente) y una modulación del alcance de la reserva legal según la materia a regular por la Administración (“escala de la reserva legal”). Si se trata de incidir en un derecho fundamental o en una posición de libertad, la Ley debe extenderse en su contenido. Si se trata de un derecho colectivo, de un principio rector de la política social, de una intervención ordenadora de la economía, aunque se mantenga la reserva legal, la remisión puede ser más amplia, si bien en todo caso la Ley debe fijar el fin a alcanzar, el procedimiento, la organización y los criterios básicos que deben guiar el contenido material de la actuación administrativa, dejando al Reglamento su concreta articulación.»

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987 ha abordado esta cuestión con motivo del preceptivo alcance que debe tener la reserva legal declarada por el artículo 25 de la Constitución. A este respecto nos interesa destacar las siguientes declaraciones del Tribunal:

«Aquel precepto constitucional determina “la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal” (STC 77/1983, de 3 de octubre), habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan. Más aún, y *hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación* que las distingue de *ius puniendi* genérico del Estado (STC 2/1987, citada), puede afirmarse que la reserva de la Ley contenida en el artículo 25.1 de la Constitución despliega una eficacia semejante a las que establecen otras normas constitucionales. Es decir, que como ha señalado este Tribunal con relación a alguna de ellas, *la reserva de Ley no excluye “la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley”* (STC 83/1984,

de 24 de julio), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes.» (En este mismo sentido la STC 11 de junio de 1987.)

Dejando aparte la mención a las relaciones de supremacía especial que hace urgente una redefinición de este tema en el marco de nuestro sistema constitucional, si no queremos correr el riesgo de posibles «agujeros negros» de las garantías constitucionales, la Sentencia confirma, pues, las conclusiones apuntadas por TORNOS MAS en el sentido de que la reserva de ley proscribiera las remisiones en blanco al reglamento. Ahora bien, también se reconoce en la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, en la Sentencia 71/1982) el carácter de colaboración con la ley que tiene el reglamento, el cual constituye un complemento indispensable, sobre todo en áreas en las que la complejidad técnica, la prontitud de actuación y las precisiones normativas permiten que la Ley se limite a definir el contenido principal del derecho y las directrices de las limitaciones precisas para alcanzar el fin querido por el legislador. Luego, el reglamento, llamado con remisión explícita o implícita, regulará el cómo hacer efectivo este derecho sin que ello suponga violar la reserva legal (17).

En esta colaboración entre la ley y el reglamento cabrá un doble control. Primero, el del Tribunal Constitucional sobre la ley, en el sentido de verificar si la remisión al reglamento no ha vulnerado las garantías mínimas de regulación que impone la reserva operada por la Constitución. Segundo, el de los Tribunales contencioso-administrativos sobre el reglamento, verificando su sumisión a la ley habilitante y al bloque de legalidad; e incluso sobre la propia ley en el sentido antes apuntado, pues de no llegar al juicio positivo de constitucionalidad, el juez debería plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

---

(17) *Ibidem*, pág. 491.



### 3. *Conclusión sobre el ámbito de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*

Analizado el juego de las reservas horizontales y verticales a ley cabe concluir que el ámbito de los reglamentos autónomos es reducido en nuestro sistema jurídico, aunque importante para la regulación de materias técnicas, según admite la jurisprudencia; teniendo que verificar, caso por caso, si el reglamento no vulnera ninguna reserva legal.

Ahora bien, esta afirmación no debe llevar a la conclusión de que la gran mayoría de los reglamentos sean entonces ejecutivos. En función de que estemos ante una materia relativa a derechos fundamentales o posiciones de libertad, donde la regulación legal que cumple la reserva debe ser detallada, o ante materias que sólo requieren una regulación de los aspectos fundamentales, nos encontraremos con auténticos reglamentos ejecutivos o con reglamentos que, aun dictándose para la mejor ejecución de la ley, disponen de espacios de libertad donde jugará con mayor o menor amplitud la discrecionalidad de la Administración. La existencia de estos reglamentos remitidos debe suponer una verdadera conciencia de la importancia del poder normativo que ejerce la Administración y una perspectiva distinta del juez en orden a su control.

## II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Ignacio DE OTTO, en una certera apreciación, ha observado que «en la tradición continental europea la garantía de la libertad no ha estado tanto en la génesis de la norma o del acto cuanto en la reacción frente a él mediante la tutela judicial» (18), aspecto destacado por NIETO respecto de un Derecho Administrativo elaborado esencialmente de cara al control *a posteriori* de la Administración en el proceso contencioso-administrativo (19).

Cuando en un sistema constitucional como el nuestro se pretende garantizar y promocionar los derechos fundamentales no parece su-

(18) Recensión al libro de BOCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, «REDC», 6/1982.

(19) Cfr. *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, núm. 76/1975 de esta REVISTA, págs. 9 y ss.

ficiente limitarse a concebir el Derecho Administrativo como control de remedio. Parece imprescindible, además, y con carácter prioritario, la búsqueda y puesta a punto de técnicas que faciliten una actuación administrativa legal y eficaz, que efectivamente promueva una mejor realización de los intereses generales, facilitando el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Y éste es precisamente el sentido del estudio sobre el proceso que debe seguir la Administración para su toma de decisiones, plasmado en las diferentes regulaciones del procedimiento administrativo. Así lo expresa con toda claridad el artículo 129.1 de la LPA: «La elaboración de disposiciones de carácter general y de anteproyectos de ley se iniciará por el Centro directivo correspondiente, *con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllos.*»

Una de las medidas con mayor capacidad de contribución a la legalidad, acierto y oportunidad de una disposición me parece ser la participación de los interesados en su procedimiento de elaboración. A este respecto, la experiencia en nuestro país es escasa, por lo que, para intentar fundamentar la anterior afirmación, puede ser conveniente hacer una aproximación al sentido de esta participación funcional en el sistema norteamericano.

### 1. *Una aproximación a la cuestión en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos*

El principio fundamental del Derecho Administrativo americano es que los reglamentos, al igual que la ley, son una fuente del derecho, lo cual no fue pacíficamente aceptado en un principio por los tribunales. Ahora bien, su fuerza jurídica debe estar sustentada en una delegación del Congreso: «el ejercicio de competencias cuasilegislativas por las agencias y departamentos debe estar arraigado en una concesión de tal poder por el Congreso» (20). Pero, como subraya SCHWARTZ, mientras la teoría tradicional atribuía a los reglamentos la labor de determinar y fijar los detalles complementarios de las leyes, las delegaciones a las agencias se han ido ampliando de tal forma que eso ya no es cierto. En las leyes modernas la línea entre el principio y el detalle es tan difícil de trazar como las fronteras en los Balcanes. Cuando las delegaciones son tan amplias

---

(20) *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U. S., 281, 302 (1979).

como en la actualidad, el mandato legislativo es un mero esqueleto; lo que se delega no son detalles menores, sino también muchos de los principios jurídicos esenciales. De esta forma, los reglamentos pueden tener una importancia práctica mayor que las amplias precisiones legales para los ciudadanos que se relacionan con una agencia (21).

Ante este fenómeno, primero la Ciencia Política y después el Derecho Administrativo, han respondido con la necesidad de la participación de los interesados en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, en cuanto complemento de las deficiencias del principio de la delegación (22). Ante la desvinculación del reglamento con la delegación y, consiguientemente, con el principio democrático, según explica STEWART, «en la actualidad el ejercicio de la discrecionalidad de una agencia es visto inevitablemente como el proceso esencialmente legislativo de ajustar las pretensiones concurrentes de los diversos intereses privados que se ven afectados por las políticas de una agencia» (23). En efecto, es un lugar común de la doctrina y de la jurisprudencia destacar que el interés público es una textura de múltiples hebras, esto es, que no es un monolito y que, por tanto, implica el equilibrio de muchos intereses. De ahí que los tribunales hayan afirmado que las agencias deban tomar en consideración todos los diferentes intereses afectados por sus decisiones como un requisito imprescindible para equilibrar todos los elementos esenciales para una determinación justa del interés público.

La participación de los interesados en el procedimiento de elaboración de reglamentos puede realizarse mediante cuatro tipos de procedimientos. Primero, el «informal», instaurado por la *Administrative Procedure Act (APA)* de 1946 y que es el normalmente utilizado por las agencias. Segundo, el «formal», también regulado por la *APA*, concebido a semejanza y con las garantías del proceso judicial, que debe ser exigido expresamente por una Ley (por ejemplo, la *Food, Drug and Cosmetic Act* de 1938) y cuya tramitación es tan onerosa que en algunos casos impide llegar a la aprobación final del reglamento. Tercero, el «híbrido», exigido por determinadas sentencias que creyeron necesario en determinados casos el cumpli-

(21) Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, 2.ª ed., Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1984, pág. 150.

(22) Cfr. GELLHORN, BYSE y STRAUS, *Administrative Law*, 7.ª ed., The Foundation Press, Nueva York, 1979, págs. 77-79.

(23) *The Reformation of American Administrative Law*, «Harvard Law Review», 88 (1975), pág. 1638.

miento de garantías superiores a las del procedimiento informal, parcialmente enervadas por la Sentencia del Tribunal Supremo *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* de 1978. Y, cuarto, el *negociado*, recomendado en 1982 por la *Administrative Conference* y que ya ha sido implantado por cuatro agencias, como forma de evitar posteriores litigios (24).

De estos procedimientos el utilizado normalmente por las agencias es el «informal», regulado por la sección 553 de la *Administrative Procedure Act*. El procedimiento informal es aplicable a los reglamentos sustantivos, pero no a los de procedimiento ni a los interpretativos. De los primeros quedan excluidos aquellos cuya materia verse sobre asuntos militares o internacionales, así como los relativos a la dirección de personal, propiedades públicas, préstamos, concesiones, subvenciones y contratos.

El procedimiento a seguir es el siguiente:

— *Primero*, la agencia o departamento debe anunciar en el *Federal Register* su intención de publicar un reglamento. El anuncio debe contener: 1. Una declaración sobre los plazos, lugar y naturaleza de los trámites concretos que se van a utilizar para dar audiencia a los interesados. 2. La referencia a la autorización legal que respalda el reglamento propuesto; y 3. La descripción de la materia y cuestiones que el reglamento pretende regular.

— *Segundo*, la agencia debe dar a las personas interesadas y grupos representativos una oportunidad de participar en la elaboración del reglamento. Lo más usual es un plazo para la presentación de alegaciones por escrito, aunque no son infrecuentes las audiencias públicas.

— *Tercero*, finalmente la agencia es libre para redactar el texto final que estime conveniente y debe publicarlo, pero no entrará en vigor hasta pasados treinta días. El texto final debe contener, además de las normas, una breve declaración sobre la finalidad del reglamento y el fundamento jurídico en que se apoya su redacción.

La evaluación del funcionamiento de estos requisitos de participación es innegablemente positiva. Según Harold SEIDMAN, la participación es un presupuesto esencial de una Administración demo-

(24) Vid. H. H. PERRITT, Jr., *Negotiated rulemaking and Administrative Law*, «Administrative Law Review», 38 (1986), pág. 471.

crática (25). O como han declarado los jueces: «los procedimientos de *notice and comment* (el descrito anteriormente) de la APA existen por una buena razón: para asegurar que administradores no elegidos, que no responden directamente ante el pueblo, estén obligados a justificar su elaboración quasi-legislativa de reglamentos ante un público informado y escéptico» (26). Según Bernard SCHWARTZ, este requisito de la elaboración de reglamentos ha demostrado su máxima utilidad práctica. La APA ha realizado una democratización del procedimiento de elaboración de reglamentos, sin destruir su flexibilidad por la imposición de trámites demasiado onerosos (27).

Si en Europa, con frecuencia, se ha desconfiado de la participación de los administrados, aludiendo al riesgo del corporativismo y del enfeudamiento de la Administración por los intereses organizados, precisamente la doctrina americana es unánime al reconocer que la apertura del procedimiento a la participación de cualquier persona o grupo interesado ha disminuido los riesgos de que las agencias sean prisioneras de los intereses de los grupos más poderosos con los que se relacionan (28). Ello es debido al mayor número de perspectivas de que disponen los administradores para decidir y también, de modo esencial, a lo que es un mecanismo imprescindible de seguridad de la participación: el derecho de los ciudadanos a acceder a los expedientes administrativos, garantizado por la *Public Information Act* de 1967 (*Freedom of Information Act*) y por la *Government in the Sunshine Act* de 1976.

Como apuntaba en un principio, el fundamento de la importancia de este trámite procedimental se encuentra en una concepción que busca primariamente la garantía de la libertad en la producción de la actuación administrativa. Walter GELLHORN describió ya en 1941 esta concepción; «En cualquier caso, el pensamiento jurídico contemporáneo ha asumido una plena conciencia de que, por mucho que ensalcemos a los jueces sobre otros hombres, la revisión judicial de decisiones administrativas malas es una pobre sustitución de las decisiones administrativas buenas en primer término.

(25) *Politics, Position Power. The dynamics of federal organization*, 3.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 1980, pág. 279.

(26) *New Jersey v. Department of HHS*, 679 F. 2d 1261, 1281 (3rd Cir. 1981).

(27) *Administrative Law*, pág. 171.

(28) Y así es reconocido nada menos que en un Informe del Senado. Vid. U. S. Senate, Committee on Governmental Affairs, *Study on Federal Regulation*, 95th Cong., 2d Sess. (1978), vol. 3, pág. 2; además, vid. P. H. COOPER, *Public Law & Public Administration*, Mayfield Pub. Co., Palo Alto, 1983, págs. 272-273.

De esta forma, el Derecho Administrativo ha entrado en su tercera gran fase, en la cual la atención principal no se dirige ni a la división constitucional de poderes, ni a la apropiada delimitación de la revisión judicial, sino al mismo procedimiento administrativo. El problema está en desarrollar métodos que aseguren que los asuntos van a recibir una consideración completa y justa, de forma que cuando se llegue a las decisiones no sean "arbitrarias", sino que manifiesten un sabia e informada deliberación» (29).

2. *El régimen actual de la audiencia en España:  
presupuestos constitucionales y fundamentación,  
regulación legal e interpretación jurisprudencial*

El régimen actual de la audiencia a los interesados en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales se encuentra en el artículo 130, párrafos 4.º y 5.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pero la correcta interpretación de este artículo exige su adecuado encuadre en nuestro ordenamiento jurídico, presidido por la Constitución, porque de existir principios y preceptos constitucionales sobre la materia, en virtud del *principio de constitucionalidad*, éstos deberán aplicarse preferentemente e informar la aplicación e interpretación de las normas inferiores.

Y, a este respecto, tenemos que observar que la Constitución se ha ocupado del tema en su artículo 105, al disponer que:

«La Ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.»

La primera observación que hay que hacer, porque resulta obvia, es que la Constitución ha querido positivamente que los interesados participen en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; de lo contrario, no habría manifestado nada al respecto. La segunda es que esta participación debe ser regulada por la ley, remisión que no priva a la disposición constitucional de eficacia jurídica como ha expuesto la doctrina,

---

(29) *Federal Administrative Proceedings*, 1941, pág. 43.

entre otros GARCÍA DE ENTERRÍA (30) y NIETO (31), y también ha reconocido, respecto de este artículo en concreto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/81, de 8 de junio:

«Debe señalarse que *la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata.*»

De esta declaración cabe extraer dos consecuencias importantísimas: Primera, que el principio de que los interesados participen en el procedimiento de elaboración de reglamentos es de aplicación inmediata, dentro de las posibilidades de interpretación del ordenamiento jurídico vigente. Segunda, que *en el artículo 105 se regula el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas*, extremo esencial porque el artículo 105 podría parecer a primera vista una norma meramente reguladora del procedimiento administrativo; sin embargo, es muchísimo más: el reconocimiento de una importante manifestación de derechos fundamentales; los derechos de la defensa (art. 24 de la Constitución) y el derecho a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 de la Constitución).

La primera interpretación del artículo 105.a), en cuanto garantía de los interesados o como manifestación de sus derechos a la defensa, ha sido desarrollada por PARADA VÁZQUEZ (32). Otros autores como GARRIDO FALLA (33) y SÁNCHEZ MORÓN (34) han interpretado el artículo 105.a) como manifestación del derecho a la participación. En concreto, SÁNCHEZ MORÓN ha realizado una brillante interpretación sistemática de la participación en la Constitución que nos pone ante la extraordinaria potencialidad de este principio. En efecto: la idea de participación subyace en la explicación de que la sobe-

(30) Vid. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid, 1985, págs. 71 y ss.

(31) Vid. *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, núms. 100-102/1983 de esta REVISTA, págs. 387 y ss.

(32) «Comentarios al artículo 105 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VIII, EDERSA, 1985, pág. 300.

(33) «Comentarios al artículo 105 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Cívitas, 1985, pág. 1451.

(34) *El principio de participación en la Constitución española*, núm. 89/1979 de esta REVISTA, págs. 171 y ss.

ranía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2); se manifiesta en el principio general de que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (art. 9.2); se concreta en el derecho fundamental a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1) y, finalmente, este derecho, entre otras modalidades de ejercicio, se manifiesta en la participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas (art. 105.a).

Por tanto, como decía antes, el artículo 105.a) de la Constitución no es una mera norma de procedimiento administrativo. Es muchísimo más, porque en ese artículo subyace un valor superior del ordenamiento jurídico (la concepción de la soberanía); un principio general del Derecho de rango constitucional y un derecho fundamental. Es perfectamente correcto, por tanto, decir como BASSOLS COMA que el artículo 105.a) consagra un importante derecho constitucional de participación, individual y colectiva (35).

Si indagamos en la fundamentación de esta importancia del artículo 105.a), llegaremos a una conclusión no muy distinta de la expuesta anteriormente con respecto del Derecho americano. En la medida en que la potestad reglamentaria se desvincula de la ley, y por lo tanto de la representatividad parlamentaria, es necesario recomponer en su proceso de elaboración la representación de los intereses afectados, de forma que, teniéndolos en cuenta y no ignorándolos, se pueda llegar a un equilibrio entre los mismos que intente la mejor aproximación a la realización del interés general. Así ha sido ya apuntado entre nosotros por TORNOS MAS (36).

Dentro de este contexto diseñado por los principios y normas constitucionales se debe interpretar la regulación de la Ley de Procedimiento.

El artículo 130.4 dispone que «siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje» y no «se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto» se concederá a las entidades representativas la oportunidad de exponer su parecer. Por su parte, el párrafo 5.º de este artículo 130 dispone que «cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo

---

(35) *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, núm. 88/1979 de esta REVISTA, pág. 114.

(36) *La relación entre la Ley y el reglamento...*, ob. cit., pág. 501.



aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale».

A la hora de interpretar una disposición de procedimiento como la presente me parece esencial la apreciación de EISENMANN, en su estudio sobre el principio de legalidad, según la cual mientras el fondo del acto administrativo requiere para ser meramente legal una relación de compatibilidad con la norma, sin embargo, la forma del acto —la competencia y el procedimiento— requiere para ser legal una relación de estricta conformidad con la norma (37).

Al buscar una interpretación verdaderamente *conforme* de este artículo 130 de la LPA puede deducirse con facilidad que, en contra de lo sostenido por la jurisprudencia, mientras el párrafo 5.º del artículo sí que deja la realización del trámite de información pública «a juicio del Ministro», esto es, a su discrecionalidad, el párrafo 4.º supedita la audiencia a las entidades que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo a la efectiva realización de auténticos conceptos jurídicos indeterminados, cosa distinta de la discrecionalidad como muy bien ha demostrado SAINZ MORENO (38).

Efectivamente, el párrafo 4.º no supedita la audiencia al juicio del Ministro sino a tres condiciones:

- 1.ª Que sea posible.
- 2.ª Que la índole de la disposición lo aconseje.
- 3.ª Que no se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto.

Por tanto, si estas condiciones se dan, el Ministro no será libre para dar o no audiencia, sino que el párrafo 4.º le obligará a ello. En esta interpretación de las condiciones mencionadas es donde ha de desempeñar un papel crucial la interpretación de conformidad con la Constitución. Por los motivos anteriormente expuestos, en principio, los reglamentos deberán someterse al trámite de audiencia a los interesados. Por otra parte, en el tema de si la índole de la disposición aconseja la audiencia o si se oponen a ella razones de interés público también puede ser ilustrativa la regulación expuesta que realiza la Ley de Procedimiento norteamericana sobre

(37) Cfr. Charles EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de legalité*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», 1957, págs. 30 y ss.

(38) Vid. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid, 1976.

las materias reglamentarias excluidas (por ejemplo, defensa, asuntos exteriores, dirección de personal, propiedades públicas, régimen de subvenciones y concesiones, etc.).

Finalmente, es obligado preguntarse por la actitud de la jurisprudencia.

Hasta fechas recientes, como apuntaba antes, la jurisdicción contencioso-administrativa no había admitido la omisión del trámite de audiencia como causa de nulidad del reglamento. Dentro de este monolito jurisprudencial, sólo constituía una excepción la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1972, que declaró:

«su cumplimiento no constituye formalidad accesoría, sino requisito y garantía esencial, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo... no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbitrio o infundado uso».

Pero tal declaración sólo fue una excepción en el seno de una jurisprudencia que unánimemente reconocía que la realización del trámite quedaba a discreción del órgano competente.

Por su parte el Tribunal Constitucional tampoco ha querido hasta la fecha declarar preceptivo este trámite de audiencia y en su Sentencia 61/1985, de 8 de mayo, declaró que

«la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones —art. 105.a) de la Constitución— no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias».

Tal declaración pienso que es obligado interpretarla en el contexto de los hechos que contempló la sentencia y de la forma de plantear la pretensión por los recurrentes y no como una negativa rotunda a privar de eficacia al artículo 105.a) de la Constitución, pues, como ya se ha señalado antes, el mismo Tribunal había declarado en su Sentencia 18/81, de 8 de junio, que:

«Debe señalarse que la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los

derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata.»

Recientemente, parece que el nuevo contexto constitucional ha hecho que el Tribunal Supremo modifique su actitud en la interpretación del artículo 130.4 de la LPA. Tal modificación de los criterios jurisprudenciales requería una buena dosis de prudencia si se quería respetar la seguridad jurídica evitando la retroactividad de las nuevas reglas jurisprudenciales, como analizó en su día Jean RIVERO (39).

A este respecto, la política jurisprudencial —no sabemos si consciente o no— del Tribunal Supremo no deja de ser interesante.

Parece ser que como punta de lanza se utilizó un caso que no tuviera una trascendencia esencial para la vida nacional: la Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de noviembre de 1982, reguladora del Registro Oficial de Ganaderías de Reses de Lidia, contra la cual se habían interpuesto diferentes recursos.

Pues bien, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado tres Sentencias consecutivas anulando la misma Orden. La primera de 18 de diciembre de 1985, la segunda de 14 de marzo de 1986 y la tercera de 18 de abril de 1986.

En la primera Sentencia, de 18 de diciembre de 1985, el Tribunal declaró:

«Pero es que Agricultura, además de poner de relieve los defectos señalados, y varios más, advertía sobre el hecho de no haber dado oportunidad a estas Asociaciones de Ganaderos de exponer sus opiniones sobre el objeto de la Orden de que se trata, aun reconociendo que, por la forma en que está redactado el precepto del artículo 130.4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, ello no es de cumplimiento imperativo, conforme viene reconociendo la jurisprudencia. Mas, a pesar de ello, por esas otras circunstancias antes analizadas, una razón de prudencia, y de contribución a un resultado más equilibrado y equitativo,

---

(39) Vid. *Sur la retroactivité de la règle jurisprudentielle*, en «Actualité Juridique Droit Administratif», 1968, págs. 15-18, y en «Pages de Doctrine», LGDJ, Paris, 1980.

aconseja acoger la sugerencia dada por Agricultura en vía administrativa y decretar la nulidad de actuaciones, retrotrayéndolas al momento inicial de formación del expediente, oyendo en él a las citadas agrupaciones de ganaderos de reses de lidia, y, tras seguir los demás trámites de rigor, elevar las actuaciones de nuevo a la Presidencia del Gobierno, para que, en vista de los nuevos datos disponibles, dicte la disposición más acorde a los intereses en juego y al Derecho.»

La fundamentación del fallo se mueve en la línea que hemos apuntado antes: necesidad de conocer los intereses afectados por la disposición para equilibrarlos.

En el aspecto de concebir los trámites como conceptos jurídicos indeterminados, aunque con vacilaciones, comienzan a incidir con mayor claridad las Sentencias, también de la Sala Cuarta, de 14 de marzo y 18 de abril de 1986 (cito por la segunda, que repite la primera):

«Aunque el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo *constituye un trámite de observancia discrecional* que ha de reconocerse al organismo que lleve la iniciativa del Proyecto de elaboración de la Disposición General, dicha discrecionalidad cede cuando se acredita que los intereses en juego pueden afectar gravemente a intereses generales o corporativos, en cuyo caso será preciso oír a las Asociaciones Sindicales nacidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, a las que ha de entenderse referida la mención que dicho apartado cuarto del artículo 130 hace a la Organización Sindical y afectando en este caso concreto la materia regulada de manera muy directa a los intereses económicos e incluso a la actividad profesional de reses bravas... *sin acreditar la concurrencia de las dos excepciones que autorizan a prescindir del trámite que señala dicho apartado, es decir, que no sea posible y de otra que se oponga a ello razones de interés público* consignadas en el proyecto, no habiendo tenido lugar el referido trámite previo ni concurrir ninguna de las dos excepciones legales que pueden ex-

cusarlo, declaró procedente, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, anular la Orden referida dejándola sin valor ni efecto.»

En estas dos Sentencias se comprueba claramente la voluntad del juez de interpretar el artículo 130.4 en el sentido de controlar efectivamente si las condiciones requeridas para que se dé audiencia se han producido o no. Como en el caso presente las condiciones se daban y no se realizó el trámite se procede a anular la disposición administrativa.

Finalmente, la Sala Tercera del Supremo, mediante su Sentencia de 4 de julio de 1987, garantiza definitivamente el carácter preceptivo de la audiencia, con la solemnidad y fundamentación que requería semejante cambio de criterio jurisprudencial y acogiendo en buena medida las ideas que hemos expuesto anteriormente y que ya habíamos apuntado con motivo del comentario a la primera Sentencia de 18 de diciembre de 1985 que abrió esta jurisprudencia (40). Obsérvese, además, que la Sentencia ha anulado una disposición de notable trascendencia: la Orden de Presidencia del Gobierno, de 10 de agosto de 1985, sobre nuevo margen de beneficios de las oficinas de farmacia. Veamos, muy sintéticamente, las ideas esenciales de la larga fundamentación de la Sentencia.

Lo primero que hace la Sala es manifestar con claridad que se modifica el criterio jurisprudencial mantenido hasta la fecha por el Tribunal Supremo, discrepando del *obiter dicta* antes señalado de la Sentencia constitucional 61/1985:

«... al socaire del conjunto de cuestiones expuestas a nuestra atención, hemos tenido ocasión de ahondar en el estudio y la comprensión de otro de los elementos de juicio necesarios para la correcta producción de cualquier norma jurídica, la llamada audiencia corporativa, *hasta el extremo de hacer variar el criterio jurisprudencial predominante sobre su significado y alcance*. Por ello, creemos adecuado y útil exponer nuestras reflexiones en torno al tema y *la conclusión obtenida que, en síntesis, acepta el carácter preceptivo de la intervención de los ciudadanos*».

---

(40) Vid. CRUZ FERRER, *Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 52/1986, págs. 607-615.

Además de señalar que tal conclusión viene obligada por una interpretación *conforme* a los principios constitucionales, señala que la idea que está en la base del trámite de audiencia es la de la participación:

«el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática».

En definitiva, la audiencia es preceptiva por la vinculación de la misma en el artículo 130.4 LPA a la realización de conceptos jurídicos indeterminados:

«Las dos cautelas que condicionan esta audiencia y la excepción que justificaría su omisión, *aparecen configuradas como conceptos jurídicos indeterminados y no permiten margen alguno de discrecionalidad, a nuestro entender.*»

En conclusión, puede afirmarse que la jurisprudencia, establecida por las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, es unánime en el reconocimiento del carácter preceptivo de la audiencia a las entidades representativas en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

### 3. *La participación de los interesados en cuanto técnica de control de la discrecionalidad*

La participación de los interesados en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas contribuye directamente a fomentar un mejor ejercicio de la discrecionalidad administrativa, cuyo fin es encontrar la opción que mejor realice el interés general.

No cabe duda de que cualquier elección humana es tanto más perfecta cuanto mayor es la información sobre la naturaleza y trascendencia de las posibles opciones. La Administración es consciente de los intereses por los que debe velar, pero la participación de los ciudadanos le suministra una información imprescindible sobre la repercusión que pueden tener sus decisiones sobre los diferentes intereses sociales.

La gran virtualidad del trámite de audiencia ha quedado descrita en las palabras anteriormente citadas de Walter GELLHORN: no constituye un remedio, sino una prevención. Contribuye positivamente a la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición y puede evitar, al menos en algunos casos, la necesidad de recurrir al penoso remedio posterior del contencioso, puesto que el debate sobre la disposición se abre antes y la Administración recibirá alegaciones no sólo sobre la oportunidad de la disposición, sino también sobre su legalidad, haciéndole descubrir posibles ilegalidades en las que no había reparado.

En definitiva, la participación permite enriquecer el conocimiento del supuesto de hecho, de la realidad fáctica sobre la que la Administración pretende actuar conformándola mediante la aprobación de una norma jurídica. Este enriquecimiento del supuesto de hecho abre unas enormes posibilidades a otro tipo de controles: el respeto de los principios generales, la proporcionalidad de la decisión administrativa, su razonabilidad, etc.

En una palabra, facilita el control de la interdicción de la arbitrariedad, pues conociendo mejor la realidad sobre la que ha actuado la Administración es más fácil juzgar sobre la razonabilidad o arbitrariedad de la medida adoptada.

En este sentido, la participación contribuye en un primer momento a la legalidad, acierto y oportunidad de las disposiciones, pero en un segundo momento también contribuye a una mejor tutela judicial de los derechos e intereses en presencia, puesto que el juez dispondrá de un caudal muy superior de información —ya contenida en el propio expediente administrativo— para enjuiciar la actuación administrativa impugnada.

### III. LA SUMISIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La sumisión a los principios generales del Derecho, en cuanto técnica de control de la potestad reglamentaria, siempre ha estado presente en la jurisprudencia. En España los principios eran frecuentemente invocados, aunque su infracción hasta la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y su referencia como parámetros de control a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones, no consti-

tuía normalmente causa de nulidad (41). En la actualidad, la sumisión del reglamento a los principios generales es unánimemente proclamada por la jurisprudencia (42).

Por lo que respecta a Francia (43), es extraordinariamente significativo el testimonio de LAFERRIERE, ya en 1887, sobre la importancia de los principios en la jurisprudencia del Consejo de Estado (44). También es significativa la manifestación de León BLUM en las conclusiones sobre el caso *Bossuge*, *arrêt* de 29 de abril de 1912: «ustedes se preguntan simplemente si el reglamento atacado es legal. Pues bien, las dos partes son en realidad el reglamento, de una parte, y la ley o principios generales del Derecho de la otra». La necesidad de controlar los «reglamentos autónomos», creados por la Constitución de 1958 y desvinculados de la sumisión a la ley, convierte a los principios generales en el mejor parámetro de control de aquéllos, desde el *arrêt Syndicat général des ingénieurs conseils*, de 26 de junio de 1959. Sin embargo, la inexistencia de un mecanismo similar a nuestra cuestión de inconstitucionalidad impide controlar la vulneración de un principio general, o incluso de un precepto constitucional, por un reglamento ejecutivo, cuando la vulneración proviene de la ley de cobertura, porque el juez administrativo no es competente para analizar la constitucionalidad de la ley, con lo cual ésta «hace de pantalla» al reglamento (45).

La Constitución española de 1978 aporta a los principios generales una doble garantía: primera, al someter plenamente la actuación administrativa a la ley y al Derecho (art. 103.1) incluye, sin lugar a dudas, a los principios generales dentro del bloque de legalidad; segunda, al recoger expresa o tácitamente en su articulado (principios de la separación de poderes o *non bis in idem*, dedu-

(41) Cfr. M. CLAVERO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, núm. 7/1952, págs. 51 y ss., en especial la jurisprudencia citada.

(42) Me parece, entre otras, suficientemente ilustrativa la Sentencia de 18 de diciembre de 1985: «Disposición de carácter general... con posibilidades innovatorias, dentro de los límites marcados por el principio de jerarquía normativa y, por lo tanto, guardando el debido respeto a las normas de rango superior, que no han de ser exclusivamente escritas, al formar también parte de ese rango los principios generales del Derecho e incluso la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones, como proclama la luminosa Exposición de motivos de nuestra Ley Jurisdiccional.»

(43) Vid. mi estudio sobre *La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho Público francés*, núm. 111/1986 de esta REVISTA, páginas 441-457.

(44) Cfr. *Traité de la Juridiction administrative*, págs. XII-XIII.

(45) Cfr. Ph. DONDOUX, *Droit Public Approfondi*, vol. II, Fondation Nationale des Sciences Politiques, París, 1983-1984, pág. XLVIII.



cidos y garantizados por la jurisprudencia constitucional) la mayoría de los principios generales de nuestro Derecho Público, éstos quedan automáticamente incluidos en el bloque de constitucionalidad. En consecuencia, la potestad reglamentaria queda plenamente sometida a los principios generales, sin que tampoco pueda desvincularla de esta sumisión una ley de cobertura, al menos, respecto de los principios generales de valor constitucional, que son la gran mayoría.

Ahora bien, como certeramente ha observado GONZÁLEZ PÉREZ, la garantía de un principio mediante su asunción por una norma no le hace perder su valor y carácter de fuente principal, su naturaleza propia (46). Esto es, su grado de abstracción, generalidad y fundamentalidad. Ni tampoco le hacen perder sus funciones propias, que, según DE CASTRO, consisten en: constituir el fundamento del ordenamiento jurídico, por ser las ideas jurídicas fundamentales de la nación; ser la guía para la interpretación de las otras normas; y aportar los criterios para complementar las lagunas del ordenamiento escrito (47). Así, pues, la gran utilidad de los principios generales en cuanto criterios de control de los ámbitos discrecionales de la potestad reglamentaria es la sumisión de ésta a los *valores de justicia material* que constituyen los principios generales (48).

La cuestión esencial, a los efectos de comprender el funcionamiento de los principios como técnica de control, es que su grado de abstracción y generalidad nos coloca ante el evidente protagonismo que corresponde al juez en su aplicación e interpretación. En efecto, al juez compete concretar los principios para su aplicación práctica y, utilizando el término de ALONSO GARCÍA, deducir las normas subconstitucionales implícitas en los mismos (49). Es extraordinariamente relevante, por tanto, que la sumisión de los reglamentos a los principios generales equivale también en la actualidad a su sumisión a las interpretaciones jurisprudenciales que han evidenciado y desarrollado su contenido. Este fenómeno significa que la discrecionalidad reglamentaria se ve sometida hoy día no sola-

(46) *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (también en Cívitas), Madrid, 1983, págs. 43-44.

(47) *Derecho Civil de España*, I, reimpresión de Cívitas, 1984, págs. 464 y ss.

(48) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984, en especial págs. 91 y ss.

(49) *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 2.

mente a la formulación abstracta de los principios, sino también a las concretas normas jurisprudenciales que los han desarrollado.

Piénsese como ejemplos extraordinariamente significativos en los principios de igualdad o de autonomía, cuya interpretación ha obligado al Tribunal Constitucional a desarrollar toda una serie de normas subconstitucionales que la discrecionalidad reglamentaria debe evidentemente respetar.

Esta función de la jurisprudencia, cuya importancia es primordial, nos aboca directamente al necesario replanteamiento de su explicación como fuente y de su posición dentro de la jerarquía de las mismas. En efecto, las normas deducidas por el Tribunal Constitucional en la interpretación de principios constitucionales deben ser respetadas tanto por el legislador como por la Administración; mientras que las normas deducidas por el Tribunal Supremo en la interpretación de principios deben ser respetadas por la Administración (50).

Respecto al control de esta sumisión de los reglamentos a los principios generales, es necesario observar que, mientras la violación de un principio general por un reglamento habilita al juez para su anulación, en el caso de los reglamentos ejecutivos, si la vulneración del principio está contenida en la propia ley desarrollada por el reglamento, el juez deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que la ley sirve de pantalla al reglamento, pantalla que en nuestro sistema jurídico caerá si el Tribunal Constitucional estima la inconstitucionalidad de la vulneración producida por la ley.

Finalmente, una última observación. Aunque, como se ha visto, el reconocimiento por la jurisprudencia de la sumisión del reglamento a los principios es unánime, con frecuencia se utiliza la expresión de que los reglamentos deben someterse al «bloque de legalidad *formal*» (entre otras, Sentencias de 4 de febrero de 1982, 18 de marzo de 1985, 2 de diciembre de 1986). El calificativo «formal» me parece equívoco porque podría inducir a pensar que en el bloque de legalidad sólo se incluyen las normas escritas, postura sostenida en su día por EISENMANN (51), pero claramente rechazada

(50) Para una exposición más amplia del tema, vid. mi comentario *Reflexiones sobre el principio de constitucionalidad y el sistema de fuentes. A propósito de una sentencia paradigmática*, «Poder Judicial», 6/1987, págs. 165-173.

(51) En *Le Droit Administratif et le principe de legalité*, cit. Sin embargo, las certeras apreciaciones que hace el autor sobre el papel del Juez matizan claramente esta opinión. De hecho, dos de sus discípulos han hecho posteriormente algunas de

en nuestro sistema por la propia jurisprudencia y por la citada Exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional, que propugna el sometimiento a los principios generales del Derecho y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones.

#### IV. EL CONTROL DE LA CAUSA Y DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ exponen una concepción del elemento de la causa extraordinariamente útil para un control incisivo de la actuación administrativa: «el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico». El párrafo 2 del artículo 40 de la LPA autoriza esta conclusión:

«El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos.»

Siguiendo a ALESSI concluyen: «esa adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita es la causa para los actos administrativos» (52).

Sin embargo, en el Derecho Administrativo francés la noción de causa expuesta por HAURIOU estriba en «el hecho determinante que clasifica un acto dentro de una categoría legal». Por ejemplo, «en la categoría del permiso a petición del funcionario, la petición es el hecho determinante, determina a la vez la categoría y la causa del permiso». Como apunta SFEZ, a HAURIOU le parece muy importante que la causa jurídica en Derecho público pierda el carácter subjetivo que tenía en el Derecho privado: la causa es un hecho y no un motivo subjetivo (53). Lo curioso es que, mientras esta concepción predominante de la causa difiere de la sostenida

---

las apreciaciones más brillantes sobre la función del Juez y la importancia de las normas jurisprudenciales. Me refiero a Louis FAVOREU y a René CHAPUS.

(52) *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1983, pág. 512.

(53) L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, París, 1966, pág. 463. Vid. en similar sentido a la tesis de HAURIOU, de la que es deudora: G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, París, 1934.

por la doctrina italiana que sigue a ALESSI y entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ y que hemos expuesto al principio; lo curioso, digo, es que coincida plenamente con esta última, en cuanto técnica de control, la teoría del principio de proporcionalidad como adecuación entre el contenido y el fin del acto en función del presupuesto de hecho. Una comparación entre la concepción del principio de proporcionalidad expuesta por BRAIBANT (54) o GUIBAL (55) y la concepción de la causa de ALESSI (56) o de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, así lo demuestra.

Entrando ya en el análisis de la causa y del principio de proporcionalidad como técnicas de control, su alcance estriba en evitar que el contenido del acto —en nuestro caso del reglamento— sea excesivo o inadecuado en función del presupuesto de hecho y del fin que se persigue, que debe ser el propio de la potestad ejercitada por el acto. Es preciso analizar, por tanto, tres cuestiones: el presupuesto de hecho, el contenido del acto y el fin concreto que se persigue. En el equilibrio entre estas tres cuestiones o magnitudes consiste la proporcionalidad.

Respecto a la fundamentación del principio, BRAIBANT la explica con innegable claridad: en la medida en que la Administración dispone de poderes que le permiten atentar a los derechos y libertades de los ciudadanos, no debe usarlos más que en la medida necesaria; los atentados a estos derechos y libertades son ilegales desde el momento en que sean superfluos o excesivos con relación a la finalidad de la actuación administrativa (57).

El control de la causa y del principio de proporcionalidad es perfectamente viable sobre la discrecionalidad de los reglamentos en la medida en que constituye el ejercicio de una potestad para la consecución de un fin. Resulta evidente que el ordenamiento ha concedido esa potestad reglamentaria para que su ejercicio en cada caso concreto sea adecuado y congruente con el fin que se persiga (58). Sin embargo, es imprescindible observar que el control de proporcionalidad no habilita en ningún caso al juez para sustituir la

(54) Cfr. «Le principe de proportionnalité», en *Mélanges Waline*, LGDJ, París, 1974.

(55) Cfr. *De la proportionnalité*, «Actualité Juridique Droit Administratif», 1978, págs. 480 y ss.

(56) Cfr. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Giuffrè, Milán, 1953, págs. 258-262.

(57) *Le principe de proportionnalité*, cit., pág. 298.

(58) En este sentido ya se pronunció LÓPEZ RODÓ en *La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español*, «Revista de Estudios de la Vida Local», 1947, págs. 494-495.

apreciación política de la Administración por la suya propia, como ya expuso y justificó GARCÍA DE ENTERRÍA en un trabajo magistral y clarificador al respecto (59). En su etapa de Comisario del Gobierno, BRAIBANT se vio obligado a precisar este aspecto en las conclusiones sobre el *arrêt Ville nouvelle Est*, de 28 de mayo de 1971, en las que proponía un control de proporcionalidad: después de pedir al juez que ejerciera su control «con tacto y mesura», exponía que «no es cuestión de que ustedes hagan en lugar de la Administración las elecciones discrecionales que le pertenecen... lo que importa es que su control permita censurar decisiones arbitrarias, irracionales o mal estudiadas, y que obligue a las Administraciones a presentar a los administrados en un primer momento, y después, en su caso, al juez, las justificaciones serias y plausibles de sus proyectos» (60).

En cuanto técnica de control, el principio de proporcionalidad puede aplicarse de dos maneras: bien como comprobación de la adecuación de los medios a los fines, bien como equilibrio entre los intereses afectados por una determinada actuación. Veamos algunas aplicaciones de la técnica en el Derecho comparado y en nuestra jurisprudencia.

En Francia, el Consejo de Estado aplica con frecuencia el principio de proporcionalidad en el control de los reglamentos, aunque por norma de sus métodos jurisprudenciales, sin invocarlo expresamente. Pero esa aplicación resulta evidente en cuanto a los reglamentos de policía que, a veces, son anulados por considerar a sus medidas *excesivas*, lo cual refleja una desproporción de medios a fines. Dos ejemplos evidentes de este control son los *arrêts Bouvet de la Maisonneuve*, de 4 de junio de 1975 (61), y *Millet*, de 17 de diciembre de 1975 (62), relativos a los reglamentos que imponían la obligación de llevar abrochado el cinturón de seguridad en los coches y puesto el casco en las motos. En ellos, el Consejo

---

(59) Cfr. «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 221 y ss.

(60) Cfr. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 8.ª ed., Sirey, París, 1984, pág. 553.

En el caso *Ville nouvelle Est* se controlaba una declaración de utilidad pública de un proyecto expropiatorio; vid. al respecto mi estudio *Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 45/1985, págs. 71-83.

(61) «Recueil», pág. 330.

(62) «Recueil Dalloz», 1977, pág. 73, con nota de G. MORANGE.

de Estado contraponen un atentado contra la libertad, de una parte, y la protección general de la seguridad y de la sanidad, de la otra; concluyendo en favor de la segunda por no considerar excesivo el atentado.

En el Derecho Administrativo norteamericano también encontramos técnicas de control de los reglamentos en las que interpreta un importante papel la proporcionalidad. De hecho las dos técnicas más importantes de control son: la comprobación de que el reglamento no se ha salido de los límites marcados por el Estatuto de la agencia y por la Ley que lo autorice (*ultra vires*) y el control de la arbitrariedad e irrazonabilidad (63). Una de las reglas esenciales de este último control es la de la «evidencia sustancial», definida por el Tribunal Supremo como «una evidencia tan relevante que una mente razonable la acepte como adecuada para sostener una conclusión» (64). Así, el control de la razonabilidad y de la evidencia sustancial prestan una base sólida para controlar la adecuación del contenido de los reglamentos al fin perseguido. Otros criterios de proporcionalidad que deben orientar la elaboración de normas por las agencias son: la búsqueda de la alternativa menos gravosa para los intereses individuales, criterio obligatorio para los actos, pero sólo orientativo para los reglamentos; y el análisis de los costes-beneficios que supondrá la aplicación del reglamento, criterio clásico reforzado por la Administración *Reagan*, respecto del cual el Tribunal Supremo ha declarado que no debe seguirse cuando estén implicados intereses superiores a la economía, como puede ser la sanidad (65).

Por lo que respecta a España, el Tribunal Constitucional ha definido el principio de proporcionalidad como principio general del Derecho en su Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, y lo utiliza con frecuencia en sus dos modalidades. Bien como adecuación de los medios al fin: proporcionalidad de las discriminaciones (Sentencias 22/1981, 2 de julio, y 34/1981, 10 de noviembre, en las que sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975); relación entre libertad de expresión y protección de la juventud y de la

(63) Vid. SCHWARTZ, *Administrative Law*, cit., págs. 153-155.

(64) En *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U. S. 197, 229. Vid. sobre el tema K. C. DAVIS, *Administrative Law*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1977, páginas 76 y ss.

(65) *American Textile Manufacturers Institute v. Donovan*, 452 U. S. 490 (1981). Vid. SCHWARTZ, *ob. cit.*, págs. 155-157.

infancia (STC 62/1982, 15 octubre); relación entre libertad de expresión y derecho al honor (SSTC de 17 de julio y 22 de diciembre de 1986); proporcionalidad de las penas (STC 62/1982, 15 de octubre), etc. Bien en la modalidad de equilibrio entre los intereses afectados por una actuación: por ejemplo, equilibrio entre los intereses de la minería y de la protección del medio ambiente (STC 64/82, 4 de noviembre).

En cuanto al control de proporcionalidad de los reglamentos, realizado por el Tribunal Supremo, pueden encontrarse en su jurisprudencia ejemplos de aplicación del principio en sus dos modalidades. Como proporcionalidad o adecuación entre las medidas del reglamento y el fin perseguido constituye un buen ejemplo la Sentencia de 20 de febrero de 1959 que enjuició una Orden del Ministerio de Educación que establecía, entre otras cosas, la obligación para los profesores de impartir la enseñanza de asignaturas distintas de la suya propia, regulando importantes sanciones económicas para los que la incumplieran. La Sentencia estimó la ilegalidad, entre otros motivos, «por poder subvenir a ella (la necesidad) por otros medios *más adecuados*». GARCÍA DE ENTERRÍA comentó esta Sentencia en su estudio sobre la interdicción de la arbitrariedad: «frase ésta de una extraordinaria importancia en el orden de los principios, por cuanto que supone un auténtico juicio sobre la proporcionalidad de medios a fines, proporcionalidad que se hace jugar como un límite verdadero de la potestad reglamentaria» (66).

Respecto del control de proporcionalidad en cuanto análisis del equilibrio entre los intereses afectados por la disposición general, constituye un ejemplo paradigmático la Sentencia de 18 de diciembre de 1985 que anuló la Orden reguladora del Registro Oficial de Ganaderías de Reses de Lidia. La Orden obligaba a las ganaderías a contar al menos con 60 reses reproductoras y unos terrenos capaces de suministrar un mínimo de un 70 por 100 de la alimentación. El motivo esencial de la anulación fue que en la elaboración de la disposición se atendió únicamente a unos intereses afectados, desconociendo otros: «de esta guisa la Orden tiene por base unos criterios fijados por el Ministerio que atiende con preferencia a lo que en la lidia de reses bravas hay de espectáculo, y, como derivación, a lo que en él hay de orden público... desentendiéndose de los problemas verdaderamente afectados por esta disposición general, que son los

---

(66) *Ob. cit.*, pág. 198.

de la ganadería». Por ello, la Sala estimó que «una razón de prudencia, y de contribución a un resultado más equilibrado y equitativo aconseja... decretar la nulidad de actuaciones... para que, en vista de los nuevos datos disponibles, dicte la disposición *más acorde a los intereses en juego* y al Derecho».

De otra parte, esta última Sentencia de 18 de diciembre de 1985 nos presenta una cuestión extraordinariamente interesante: la Sala estimó que para que la disposición fuera equilibrada era imprescindible dar audiencia a las entidades representativas cuyos intereses se veían afectados por el contenido de la disposición. Es decir, la proporcionalidad de la disposición exigía la participación de los interesados. Y ello por un motivo evidente: la proporcionalidad consiste en el equilibrio entre los medios que actúan sobre un supuesto de hecho en función del fin que se persigue. Para conocer la incidencia de los medios sobre el supuesto de hecho es imprescindible, por tanto, conocer en qué medida se ven afectados los intereses de los administrados mediante la audiencia a sus entidades representativas. Quedan así vinculadas dos técnicas de control expuestas en este estudio: la participación de los interesados y el control de proporcionalidad se exigen en el análisis del correcto ejercicio de la potestad reglamentaria.

Finalmente, es de destacar que el estudio de la proporcionalidad de la actuación administrativa permite una mejor comprensión de la noción de interés general.

Podría parecer que el interés general consiste meramente en la visión iluminista del mismo que tengan los funcionarios o, desde una perspectiva más democrática, el interés general consistiría en las metas definidas por la dirección política de la Administración que cuenta con una legitimación representativa. Pero vistas las cosas desde la exigencia de la proporcionalidad de la actuación administrativa se comprueba que eso no es del todo correcto porque, en ningún caso, las directrices políticas legitiman la elección de medios desproporcionados.

La proporcionalidad parece enseñar que el interés general, en cuanto fin de la actuación administrativa, consiste en el equilibrio entre los diversos intereses afectados: los intereses colectivos y privados de los ciudadanos, en los que subyacen derechos que no pueden desconocerse. El equilibrio entre estos intereses logrado por la actuación administrativa podrá ser más o menos satisfactorio.



Podría calificarse en los diversos casos como equilibrio máximo, normal o mínimo, siguiendo categorías de Michel GUIBAL (67).

Estudiando en concreto la potestad reglamentaria, el juez debe respetar la discrecionalidad propia de esta potestad y no sancionarla más que cuando se compruebe su degeneración en ilegalidad o arbitrariedad. Este último caso quedará en evidencia si la disposición general no demuestra un equilibrio mínimo entre los intereses afectados. Pero si el juez pretende exigir un equilibrio normal o máximo deberá hacerlo con una extraordinaria prudencia, demostrando la vulneración de los derechos afectados, para no sustituir la apreciación de oportunidad de la Administración por la suya propia, para lo cual no le legitima en absoluto su función jurisdiccional.

---

(67) Cfr. *De la proportionnalité*, «Actualité Juridique Droit Administratif», 1978, págs. 480 y ss.



# JURISPRUDENCIA

