

LEY Y REGLAMENTO EN ESPAÑA (*)

POR

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE.

SUMARIO: A) *Ley, reserva de Ley, forma de Ley: la distribución del poder normativo en el Derecho vigente:* Ley de 30 de enero de 1938 y la definición de un concepto material de Ley —la institucionalización constitucional en el artículo 10 de la Ley de Cortes de 1942—. En España las Cortes se ciñen a emitir Leyes materiales y no hay lugar a la dicotomía *Ley formal* y *Ley material*, sino *Ley y actos en forma de Ley*.—Ley Orgánica del Estado de 1967: fijación, limitación y protección de la “reserva de Ley” de 1942.—Los poderes normativos actuales del Jefe del Estado.—La Ley y la intervención de las Cortes: *Leyes y actos*.—La radical diferencia de la concepción actual y los sistemas tradicionales, sus precedentes.—La articulación del poder reglamentario: 1938, 1939, Decretos y Ordenes: fórmulas tradicionales. B) “*Excursus*” *histórico: Ley y Reglamento en el constitucionalismo español:* 1. La diferencia del sistema constitucional de 1812 a 1931, y el inaugurado en 1938 a 1967; análisis del artículo 131 de 1812: Ley y potestad legislativa en 1812.—*Ley:* regulación general y principal, pero sin limitación de materias, frente a *Reglamento:* ejecución de las Leyes. 2. La “cláusula del orden público”. 3. Referencia a la práctica normativa: *las colecciones legislativas*. 4. El modelo típico del constitucionalismo español y sus excepciones de 1852 y 1929: proyectos de BRAVO MURILLO y PRIMO DE RIVERA. 5. Referencia a la Constitución de 1931: punto final del modelo: la enmienda de ROYO-VILLANOVA. 6. Nota sobre la jurisprudencia: el Reglamento como *función política* y la teoría de Estado de LORENZ VON STEIN: repetibilidad.—La *doctrina:* COLMEIRO, SANTAMARÍA: potestad reglamentaria es delegada.—Crítica de POSADA: ausencia, sin embargo, de todo poder reglamentario *præter legem*.—La Enciclopedia Jurídica Española de 1914.—La recepción de la clasificación de los reglamentos de STEIN: ROYO-VILLANOVA, 1910, GARCÍA LABELLA, 1926 y 1935: divorcio de la doctrina con los postulados de la Constitución de 1931: la definición del Reglamento de GASCÓN Y MARÍN. C) *Fundamento y articulación del poder normativo gubernamental:* La base constitucional del poder reglamentario en 1942 y 1967: Titular del poder reglamentario y fin de la Administración: Jefe del Estado. Consejo de Ministros

(*) Este es el capítulo II de la tesis *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental. Contribución a la teoría del poder normativo en el Estado moderno*, leída en la pasada (1968) primavera en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. La tesis se publicará próximamente; sin embargo, parecía aconsejable dar a conocer en la REVISTA el capítulo II (el IV sobre LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU y KANT, se publica en la REP), que dio lugar en el momento de la lectura a amplias observaciones llenas de interés y en alguna ocasión un tanto críticas. El texto es exacto al que se presentó, y tan sólo se han añadido notas sin relevancia. Con el fin de dar una idea del contexto en que está escrito, se incluyen como Apéndice los resultados generales de la tesis. Me es obligado expresar aquí mi agradecimiento a don JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, por la ayuda de todo tipo que he recibido para la realización de este trabajo.

y Ministros como centros originarios del poder reglamentario: Titulares y ámbito de Decretos, Ordenes y Circulares, según LRJ.—Los límites al poder reglamentario. Artículo 41, I, Ley Orgánica de 1967: el principio de la legalidad de la Administración en sus dos facetas: primacía y reserva de la Ley.—Los controles políticos: Comisión de competencia legislativa y recurso de contrafuero. d) *Análisis final* (legalidad, clases de Reglamentos, delegación, "deslegalización") y *Crítica*: Presupuestos políticos de la teoría de las fuentes jurídicas en el Derecho público (1).

A) Ley, reserva de Ley, forma de Ley: la distribución del poder normativo en el Derecho vigente.

Lo que es Ley en nuestro Derecho vigente viene definido por la Ley del 30 de enero de 1938, artículo 17.

En el párrafo primero se afirma que: «corresponde al Jefe del Estado la suprema potestad de declarar *normas jurídicas de carácter general*».

En el párrafo segundo se concreta este poder normativo general: «adoptarán forma» de Ley las disposiciones y resoluciones cuando:

- «Afecten a la estructura orgánica del Estado».
- «Constituyen las normas principales del Ordenamiento jurídico del país».

Y el párrafo finaliza prescribiendo la forma de: «Decretos en los demás casos».

El mencionado párrafo prescribe tanto para la forma de Ley como de Decreto, la «previa deliberación del Gobierno, a propuesta del Ministro del ramo». Justamente la Ley de 8 de agosto de 1939, artículo 7.º, establece la posibilidad de que las disposiciones o resoluciones del Jefe del Estado, en forma de Ley o Decreto, puedan dictarse sin la deliberación del Consejo de Ministros, cuando «razones de urgencia así lo aconsejen». Así, pues, el poder normativo de *urgencia* del Jefe del Estado quedaba configurado en 1939 libre del control, «previa deliberación del Consejo de Ministros», con la salvedad de dar después conocimiento de dichas disposiciones al Consejo de Ministros.

El paso siguiente es la Ley de Cortes de 1942, siendo la «misión prin-

(1) Abreviaturas usadas:

LRJ: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 1957.

LPA: Ley de Procedimiento Administrativo, 1958.

LOE: Ley Orgánica del Estado, 1967.

RAP: Revista de Administración Pública.

REP: Revista de Estudios Políticos.

principal» de la nueva institución la «preparación y elaboración de las Leyes» (art. 1.º).

¿Y qué iba a entender el constituyente por «Leyes»? ¿Cuál iban a ser las materias de competencia de las Cortes?

Ese concepto material (de materias) de Ley, lo iba a obtener el constituyente justamente de la Ley de 1938: la enumeración, en el artículo 10 de la Ley de Cortes de 1942, de las «materias que conocerán las Cortes en Pleno» no es sino una relación de normas *que afectan a la estructura orgánica del Estado económica-financiera*:

- a) Presupuestos.
- b) Grandes operaciones de carácter económico, financiero.
- c) y d) Régimen tributario, banca, etc.

Socio-económica y político administrativa:

- e) Sindicatos.
- g) Ordenación de instituciones del Estado.
- h) Régimen local.
- j) Organización judicial y Administración pública.
- k) Ordenación agraria, mercantil e industrial.

O son *normas principales del Ordenamiento jurídico del país*:

- f) Nacionalidad, derechos y deberes de los españoles.
- i) Civil, penal, mercantil, procesal.
- l) Educación.

Las excepciones serían el apartado m): «las demás Leyes que el Gobierno decida someter al Pleno de las Cortes», ya que puede que se someta una norma que no afecte a la estructura orgánica estatal, ni constituya una regla principal del orden jurídico.

La Ley de 1942 supuso una *distribución del poder normativo*: si bien antes de 1942, Jefe del Estado y Gobierno emitían disposiciones en forma de Ley, tras 1942 esto ya no es posible: la intervención de las Cortes se prescribe, sin perjuicio de la sanción del Jefe del Estado (art. 1.º).

Naturalmente que siempre puede el Jefe del Estado emitir Leyes con el Gobierno, en virtud de 1938, artículo 17, párrafo 2, y de su poder normativo de urgencia, 1939, 7. Pero esto por ser excepcional quedará al margen (el Jefe del Estado usó de esta potestad para dictar la Ley de Referéndum de 1945, por ejemplo).

La Ley de Cortes atribuye a las Cortes conocer de «Leyes o actos», y al final del artículo 10, apartado *m*), segundo párrafo, dice que el Gobierno podrá someter al Pleno de las Cortes «materias o acuerdos que *no tengan carácter de Ley*».

Esto pone todavía más de manifiesto el *concepto de Ley* que aquí se instaaura y que quedó definido en 1938:

Se distingue entre «actos», «materias o acuerdos» por un lado y «Leyes» por otro (2). Y Ley es aquella disposición que *afecta* a la estructura orgánica del Estado o *constituye* norma principal del Ordenamiento del país, *quedando concretada esta idea* en la enumeración del artículo 10, *a*), hasta *m*).

En España la *forma de Ley* no sirve para tantos contenidos indeterminados e indefinidos como se quiera: actos concretos, medidas temporales, regulaciones parciales, disposiciones particulares, asuntos concretos, etc., tal como pretendía toda la escuela que *inauguró Laband, con su dicotomía de Ley material y Ley formal*, sino que en España la *forma de Ley* está reservada a determinadas disposiciones: justamente a aquellas disposiciones fundamentales. En España, pues, la forma y la materia de Ley se cubren mutuamente:

La Ley está para determinadas materias, y no para todas, y determinadas materias «deben revestir forma de Ley» (art. 52 de la Ley Orgánica), bien emitida por el Jefe del Estado, en virtud de 1938, o con las Cortes.

Es el mérito de esa obra fundamental de Federico DE CASTRO haber puesto de relieve como nadie *esta concepción de Ley que se inaugura en 1938*, frente a la *concepción de Ley como disposición general de cuño rousseauniano*.

La posibilidad de Leyes que no tuvieran este carácter de normas estructurales y principales se producirían a través del artículo 10, apartado *m*), y artículo 12 de la Ley de Cortes de 1942: Una Ley posterior puede prescribir *forma de Ley* para una materia que no tenga este carácter de *estructural y principal*.

En España la Ley no es *toda disposición abstracta y general*, como ha pretendido una corriente doctrinal, tampoco todo lo que conocen y

(2) Más exacto: «Ley» por un lado, «acuerdo o autorización» (LOE 9) o «acto» (Ley de Cortes, 10), por otro.

acuerdan las *Cortes en España*, tal como quedó fijado en la *Revolución francesa*: «Los Decretos de la Asamblea Nacional llevan el nombre de Ley», fijando así para siempre el concepto formal de Ley, sino que en España Ley es la disposición que *afecta* a la estructura orgánica del Estado o *constituye* norma principal del Ordenamiento jurídico del país.

Esto tiene una enorme trascendencia. Pero se impone una pregunta: ¿cómo ha sido afectado este concepto de Ley por la Ley Orgánica votada en diciembre de 1966?

La modificación del artículo 1.º, «elaboración y aprobación», en lugar de «preparación y elaboración», no ha hecho sino acentuar la intervención de las Cortes en el proceso de emitir la Ley, en el sentido estricto desarrollado. Paralelamente a esta afirmación, se produce una limitación: las materias reservadas del artículo 10 son, sí, de competencia de las Cortes, pero sólo éstas: Artículo 12, II, establece la posibilidad de que el Gobierno requiera el dictamen de la Comisión especial del artículo 12 —composición de dicha comisión modificada por Ley Orgánica de 1967— para el caso de que alguna Comisión planteara cuestión que no fuese de la competencia de las Cortes (probablemente el precedente de este mecanismo está en la Constitución francesa de 1958, art. 41).

La Ley Orgánica establece una mayor seguridad para la materia reservada a la Ley: artículo 41, prohíbe a la Administración:

«Regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas *materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes*».

(Unido a art. 51): «Gobierno puede someter al Jefe del Estado... autorizaciones expresas de Cortes».

Es de suponer que también rigen los requisitos del artículo 10, 4.º, de LRJ, 1957. Este precepto tenía carácter legal en la Ley de Régimen Jurídico de 1957, artículo 26, y ha sido elevado a rango constitucional-fundamental en su formulación literal, con lo cual se acaba la polémica al respecto. Contra su violación se establece el recurso del contrafuero: artículo 59, ss., esp. 60, b).

La Ley Orgánica de 1967 no ha suspendido las facultades concedidas al Jefe del Estado en 1938 y 1939: y en este contexto hasta hace mención del poder legislativo por *razón de urgencia* ejercido por el Gobierno y el Jefe del Estado (art. 13 de la Ley de Cortes, en relación con la Ley de Régimen Jurídico, 10, 3), y *facultad de adoptar medidas excepcionales*, artículo 10 de la Ley Orgánica, que tiene el Jefe del Estado, que

recuerda el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, y el 48 de Weimar, así como el artículo 42 de 1931, y el 72 del Anteproyecto de Primo de Rivera de 1929.

Así, pues, Jefe del Estado en la figura de Franco puede emitir:

- Leyes y Decretos con el Consejo de Ministros, de acuerdo con 1938.
- Leyes y Decretos sin Consejo de Ministros, en virtud de 1939.
- Medidas excepcionales, artículo 10, d), 1967, asistido por Consejo del Reino.
- Decreto-Ley. Ley de Cortes, artículo 13.

Pero dejando esta *legislación excepcional* de lado, tras la exposición del concepto y materia de *Ley* en el Derecho vigente, el paso siguiente es estudiar el *reglamento* o poder reglamentario.

La lógica del sistema de «Reserva de Ley» da la respuesta: si el campo de la Ley aparece *constitucionalmente* limitado a las materias del artículo 10, todo aquello que no esté comprendido dentro de este campo será competencia del Gobierno y, por tanto, del poder reglamentario de la Administración Pública.

Pero es necesario profundizar en el «concepto de Ley» vigente.

Las materias enumeradas, como ya se ha dicho, no son *sino un desarrollo* de la concepción de *Ley*, tal como está determinada por la Ley de 30 de enero de 1938, art. 17:

Adoptarán forma de Ley las disposiciones y resoluciones cuando *afecten* a la estructura orgánica del Estado, *constituyan* las normas principales del Ordenamiento jurídico del país.

Esto es la típica y clásica «reserva de Ley» en el vigente Derecho español. Pero, naturalmente, aquí no se agota la intervención de las Cortes (o Comisiones) en la vida estatal. La intervención o actuación de las Cortes (o Comisiones) puede cristalizar en «una Ley, o en su caso, acuerdo o autorización» (art. 9.º de LOE), en «actos o Leyes» (art. 10, principio de L. Cortes) en «materias o acuerdos».

Veamos:

a) Así, el Pleno podrá conocer también «las *demás Leyes que el Gobierno*, por sí o a propuesta de la Comisión correspondiente, *decida someter* al Pleno de las Cortes» [apartado m) del art. 10].

b) «El Gobierno podrá someter al Pleno materias o acuerdos que *no tengan carácter de Ley*» (art. 10, final, Ley de Cortes) (3).

(3) Y consecuentemente, con el análisis desarrollado, una «materia o acuerdo» no tiene «carácter de Ley», porque: 1. Es un *acto* y no una *norma* (con lo cual se plantea

Aquí, discrecionalmente, el Gobierno es libre de someter cualquier cuestión, que él estime oportuna o necesaria políticamente.

c) El Pleno conocerá *obligatoriamente*, y no discrecionalmente, manifestándose dicho conocimiento en forma de «Ley o acuerdo», en los supuestos enumerados en el artículo 9.º de la LOE:

- Tratados.
- Guerra, paz.
- Actos del artículo 12 de la Ley de Sucesión, y cuantos «vengan determinados en otros preceptos de las Leyes Fundamentales del Reino».

d) Por último (párrafo 1.º del art. 12 de la Ley de Cortes), «las Comisiones de las Cortes tienen la competencia de... todas las disposiciones que no estén comprendidas en el artículo 10 y que deben revestir forma de Ley...»

- «porque así se establezca en alguna posterior a la presente;
- «porque se dictamine en dicho sentido por una Comisión expresamente definida en dicho párrafo 1.º del artículo 12 de la Ley de Cortes» (4).

Aquí, naturalmente, se plantea un problema: ¿Cuál es el criterio y el límite de esa posible ampliación de la «reserva de Ley» que se puede producir por medio del artículo 12, párrafo 1.º, de Ley de Cortes? Es decir, ¿cuál es el límite de esta «autorreserva» legal?

El punto de vista correcto debe ser recurrir al *concepto de Ley* que anima la enumeración del artículo 10 de Ley de Cortes: disposiciones que afectan a la estructura estatal, o sean normas principales del orden jurídico nacional (art. 17, Ley de 30 de enero de 1938).

Es evidente que violaría la estructura y concepto de la «reserva de Ley» en el Derecho español vigente, si a través del artículo 12, 1.º, las Cortes (Comisiones) ampliasen ilimitadamente el ámbito de «reserva de Ley». Claro es que esta observación es un tanto académica: el verdadero control para que no sucediera esto sería el propio Gobierno (5).

toda la cuestión de la proposición jurídica. 2. La norma en la que plasmó el acuerdo no es digna de «revestir forma de Ley», por no ser «principal», aunque el Gobierno puede conseguir dicha forma, presentándola a las Cortes, vid. a continuación.

(4) El mecanismo parece ser que no se ha puesto en marcha.

(5) El control gubernamental: «de acuerdo con el Gobierno» —no es discrecional, sino «en virtud de la Constitución» (*Loewenstein*)— se mueve en todos los niveles; sobre

En resumen :

«Reserva de Ley» en su sentido dogmático-jurídico, como ámbito exclusivo del poder normativo de las Cortes es :

a) El artículo 10 de la Ley de Cortes.

Esta «reserva de Ley» puede ampliarse :

b) *A través del Pleno*, por decisión del Gobierno [art. 10, apartado m)].

c) *A través de las Comisiones*, por mandato de una *Ley posterior*, o por *dictamen de Comisión especial* (art. 12, 1.º) a iniciativa de Gobierno o Comisión permanente (6).

Esta «reserva de Ley» también abarca aquellos puntos en los que las Leyes fundamentales exijan que la disposición a emanar debe ser «una Ley votada en Cortes» (ejemplo, Fuero de los Españoles, art. 9.º, párrafo 2.º, si bien dice «con arreglo a»), siendo discutible e interpretable cuando la Ley fundamental habla sólo de «por medio de Leyes», «lo que establezcan las Leyes», etc. ¿Se trata de Ley votada en Cortes, o simplemente de disposiciones jurídicas vigentes?

Salvo en el artículo 9.º, citado, referente a «pagar tributos», y el 16, «las normas fundacionales que revestirán forma de Ley», en todos los demás casos el término Ley o Leyes (7), aparece ambiguo, y desde luego no exigiendo la exclusiva regulación por «Ley votada en Cortes» (8).

El sistema es en realidad coherente: las diversas referencias a las Leyes fundamentales (en particular Fuero de los Españoles) en que determinadas materias serán reguladas por «Leyes», no quiere decir la atribución de una «reserva de Ley» exclusiva para las Cortes, sino tan

las *Comisiones* (53, Reglamento Cortes, y 15, I, Ley de Cortes), sobre los *procuradores* (55 del Reglamento), sobre el *Pleno* (14, 4, del Reglamento, y 15, I, de Ley de Cortes). En otro sentido, lo que en el texto se pretende debe estar claro: no hay discrecionalidad, sino un criterio material para que las Cortes (Comisiones) decidan o exijan la «forma de Ley» para determinadas disposiciones, con toda la trascendencia jurídico-política que esto tiene.

(6) Es muy significativo para afirmar la tesis que se defiende que la Comisión del artículo 12 de la Ley de Cortes se designa en el Reglamento de Cortes «Comisión de Competencia Legislativa», artículo 19, 2.º, Comisión del Reglamento de 26 de diciembre de 1957, modificado en 22 de julio de 1967.

(7) Me propongo un análisis más detallado del sentido del término *Ley* (Ley, Leyes, disposiciones, etc.), tal como aparece en nuestras Leyes Fundamentales, en el libro de próxima publicación.

(8) Pero los conocedores de la materia fiscal hablan de «la gran paradoja de la Ley Tributaria» de las dudas ante su supuesto principio de legalidad y de *sus excesivas autorizaciones*. Vid. Fuentes y Bibliografía.

(9) Un argumento en contra de esta interpretación podría ser el artículo 34 del Fuero de los Españoles (1945): «Las Cortes votarán las *Leyes necesarias para el ejercicio de los derechos...*» Lógicamente, debería leerse «Ley de bases necesarias...»

sólo que éstas conocerán las «Leyes básicas de los derechos y deberes de los españoles» [apartado f) del art. 10 de la Ley de Cortes] (9).

Este es el sentido de la «reserva de Ley» en España: la Ley de Cortes fija las *bases* (seis veces aparece esta palabra en el art. 10 de la Ley de Cortes), en general, y el detalle o regulación posterior no es ya de su competencia. Pese a una primera lectura de las Leyes fundamentales, difícilmente se puede decir que en España rige una «reserva de Ley» «sobre la libertad y propiedad de los ciudadanos», en fórmula cara al Constitucionalismo occidental. La «reserva de la Ley» en España significa que las Cortes tienen, sí, la exclusiva competencia para dictar los principios generales, estructurales, pero sólo éstos, en determinadas materias (artículo 10 de la Ley de Cortes). La única materia sobre la que sí se da una regulación completa sería el artículo 9.º del Fuero de los Españoles, «pagar tributos con arreglo a Ley votada en Cortes», y aquí también hay excepciones, amén de la posible autorización al Gobierno (arts. 41 y 51 de la LOE); pero sobre este punto se volverá.

Junto a esta «reserva de Ley», las Cortes intervienen en forma de «acuerdo-ley», en una serie de puntos de especial relevancia política:

- Según discrecionalmente lo considere el Gobierno (art. 10, final, de Ley de Cortes), «en materias o acuerdos que no tengan carácter de Ley».
- Por estar fijado obligatoriamente la intervención de las Cortes (artículo 9.º de la LOE).

Aquí no se trata del concepto jurídico-dogmático de «reserva de Ley», sino de actos políticos de las Cortes de gran importancia, y que revisten, o no, la «forma de Ley».

En el Derecho constitucional español, no hay Ley formal y Ley material, la famosa dicotomía de LABAND, sino:

Ley (norma estructural, principal): que es la «reserva de Ley»: es decir, «materias» cuya regulación es de exclusiva competencia de las Cortes».

Actos de Cortes, que pueden tener «forma de Ley» (10).

(10) Vid. nota 3; esos actos en forma de Ley pueden ser acuerdos, autorizaciones de las Cortes (LOE 9), o la concesión de una pensión extraordinaria a determinada persona, etc. Ya la genialidad —en tantos puntos concretos— de KELSEN, hace más de treinta años (*Teoría pura del Derecho*, ed. argentina, pág. 112) y hoy (*Reine Rechtslehre*, 1960, página 54, 235) había atacado la equívoca terminología “Ley en sentido formal” y había propuesto “forma de Ley”.

El Derecho constitucional español supone «un paso en la racionalización conceptual» (11), por tener un concepto material de Ley (reserva de Ley), tal y como lo tenían las primeras Constituciones europeas del XIX, que distinguirán también 1791, 1793, 1795, en la actividad parlamentaria entre Leyes y Decretos, «Leyes» y «actos» (12).

En la España actual (dejando de lado las Leyes de prerrogativa de 1938 y 1939), el viejo principio de separación de poderes, basado en la distinción de dos funciones, legislativa-normativa y gubernamental-ejecutiva, no tiene vigencia. La LOE dice (2, II) que el sistema institucional español responde a «los principios de unidad de poder y coordinación de funciones». Se recoge de la tradición constitucional la *distinción de unas funciones*, pero éstas no tienen ya que ver con la dicotomía legislación-ejecutivo, sino que hay más bien:

- Una función normativa principal: la reserva de Ley, Cortes.
- Una función normativa gubernamental, que es la potestad reglamentaria autónoma y ejecutiva.

Los textos son:

- Artículos 10 y 12, Ley de Cortes, y artículos del Fuero de los Españoles: Reserva de Ley.
- Artículo 13, II, LOE: «Consejo de Ministros... determina la política nacional, asegura la aplicación de las Leyes, ejerce la potestad reglamentaria...»

El orden del poder normativo en España al conceder al Gobierno un *poder normativo autónomo* —todo aquello que no sea «reserva de Ley»— y *ejecutivo*: Reglamentos pertinentes para ejecutar las Leyes generales, planes, bases emitidas por las Cortes en virtud de su «reserva de Ley», ha roto radicalmente con la vieja concepción de la separación de poderes, funciones, que entrega —o pretende entregar— el monopolio normativo a un órgano: el Parlamento.

El rasgo fundamental del sistema constitucional español es la asigna-

(11) Hace más de veinte años también utilizó F. J. COXDE, *Representación política y régimen español*, 1945, el tópico de la “racionalización” al enfrentarse con las Leyes fundamentales españolas (págs. 127 y sigs.), pero la comprensión y los resultados son muy diferentes a los mantenidos aquí (págs. 129, 132).

(12) Análisis en detalle, vid. este capítulo, B) “excurso” histórico, y capítulos V, VI y VII (de la tesis).

ción de un campo delimitado a la Ley, atribuyendo el resto al poder normativo del Gobierno o de la Administración en sentido amplio.

Supone este principio una radical diferencia con los sistemas constitucionales tradicionales y actualmente vigentes en Italia, Alemania, Inglaterra, Suiza y U. S. A. (13). Solamente Francia en 1958 ha adoptado un sistema semejante. El precedente de dicha concepción está en España en el Anteproyecto Constitucional de PRIMO DE RIVERA de 1929 (arts. 63 y siguientes); pero desde luego no en las primitivas Constituciones francesas de 1791 y 1793, o en la española de 1812, que si bien se referían a unas materias concretas que deberían ser reguladas por las Cortes o Asamblea Nacional legislativa (*Corps legislatif*), tenían una estructura constitucional muy diferentes (competencia parlamentaria ilimitada). En cambio, si se dio una delimitación material concreta a la Ley, en las primeras constituciones alemanas del Sudoeste (Baviera, Badén, etc.) y durante toda la Monarquía constitucional alemana. Pero todo esto, en detalle, más adelante (14).

Antes de avanzar, convendría fijarse en cómo se articula ese poder normativo gubernamental.

1938. Artículo 17, párrafo 2.º: que establece la forma de *Decreto* para aquellas disposiciones que no entrarán dentro de la *categoría material de Ley*.

1938. Artículo 17, párrafo 3.º, fijaba que: revestirían la forma de *Orden* las resoluciones y disposiciones de los Ministros «en el ejercicio de la potestad reglamentaria y en general en la realización de las funciones administrativas».

(13) Aunque estos sistemas sean diferentes entre sí (vid. capítulos V, VI, VII, VIII y IX), su orden normativo fundamental es esencialmente opuesto al español.

(14) Este capítulo B), y capítulos V y sigs. Pero unos últimos matices sobre el orden normativo sí se pueden hacer.

Parece claro que el artículo 10 de la Ley de Cortes abarca prácticamente todo el orden jurídico, que podrá ser «atraído» por las Cortes en lo que *afecta* a su regulación *básica*; fuera podría quedar servicios públicos, defensa nacional, pero siempre podría hacerse intervenir, *g*) de Ley de Cortes. (La diferencia con la *reserva de Ley* de la Monarquía alemana es clara, ya que ésta conocía sólo una *parte* del orden jurídico (libertad y propiedad), pero de forma completa. A la vista de esto, cabría *distinguir* tres manifestaciones de la normatividad gubernamental: *a*) poder normativo *articulador*: Ley de bases; *b*) poder *ejecutivo*: Reglamento para texto legal articulado, y *c*) poder *autónomo*. Desde luego, se plantean muchos problemas teóricos según exista o no en un caso concreto, una Ley de bases de Cortes.

El poder normativo gubernamental, pues, en el Derecho público español se manifiesta a través del *Decreto*, de la *Orden*, y, finalmente, al nivel interior del Ministerio (Dirección General, etc.) de *circulares e instrucciones* (Ley de Régimen Jurídico, 1957, art. 23, 2.º, y 27, y art. 7, LPA, 1958, manifestación aquí del poder jerárquico en general) (15).

Basta mirar nuestro Boletín Oficial para comprobar que la estructura es:

Ley, «autoriza», «faculta» a Gobierno a dictar Decretos.

Decreto, faculta a Ministros a dictar Orden.

Orden, faculta a Dirección General a emitir *circulares* (por ejemplo).

Y cada uno de estos «actos» tiene un ámbito propio según la Ley de Régimen Jurídico de 1957 (16).

Quede al margen el *valor* de dichas autorizaciones, ya que por la Ley de 1938 (art. 17, párrafos 2.º y 3.º) Gobierno y Ministros están de por sí facultados a emitir Decretos y Ordenes, en su calidad de órganos del Estado. Pero sobre esto, más adelante.

Esta estructura jurídica no es una innovación, sino más bien la tradicional en el Derecho público español.

Bajo 1876 se verá *Ley, Reglamento* publicado por *Real Decreto* expedido en Consejo de Ministros, y las instrucciones correspondientes de cada Ministerio serán publicadas por *Real Orden*, y esto no se modificaría bajo PRIMO DE RIVERA, en lugar de Consejo de Ministros, sería Directorio Militar, y en 1931 se verían las mismas fórmulas de *Decreto* (acuerdo de Gobierno), *Reglamentos e instrucciones* (17).

Y sin embargo, pese a la apariencia, un *cambio radical* existe entre la concepción constitucional de Ley y Reglamento de 1812 a 1931, y de 1938 a 1966.

B) *Excurso histórico: Ley y Reglamento en el constitucionalismo español.*

1. 1812, en su artículo 131, enumeraba las facultades de las Cortes y todas las materias sobre las que eran éstas competentes: tal es su amplitud que bien se puede afirmar que la «reserva de la Ley» de Cádiz era total, y en el discurso preliminar se dirá que cada una de estas

(15) Sobre esto, en detalle, este capítulo, *infra*, C).

(16) *Ibidem*.

(17) La regulación de estas expresiones del poder gubernamental y administrativo estaba en el «Reglamento del Ministerio de Justicia» de 1890.

facultades del artículo 131, «pertenece por su naturaleza de tal modo a la *potestad legislativa*, que las Cortes no podrían desprenderse de ellas sin comprometer muy pronto la libertad de la nación».

Merece la pena detenerse sobre el artículo en cuestión. El artículo 131 dice: Las facultades de las Cortes son:

- 1) Proponer y decretar las Leyes...
- 2) Recibir en juramento, etc.

De la enumeración que sigue, en unos casos se trata de meros actos, nombrar, reconocer, y otros son verdaderas regulaciones: Decretar, dar ordenanzas, aprobar Reglamentos, etc. El artículo —sin entrar en la discusión sobre la *originalidad* o no de la Constitución de 1812— es un *verdadero reflejo* del artículo correspondiente de la Constitución francesa de 1791 (art. III, cap. III, sec. 1.^a, art. 1.^o), a veces con frases literalmente iguales. No se puede negar que aquí hay un concepto *material de Ley*: Las Cortes decretan *Leyes* (que será algo especial) y hacen otras cosas también. Ocurre que en los textos constitucionales posteriores no vuelve a aparecer un catálogo de asuntos y materias sobre los que expresamente deberán intervenir las Cortes, sino que tan sólo se hablará de «hacer las Leyes», recogiendo los textos constitucionales alguno de los asuntos del artículo 131 de 1812, en un artículo aparte, cuya formulación sería:

«Además de la *potestad legislativa* que ejercen las Cortes, les pertenecen las facultades siguientes» (recibir al Rey, elegir Regente, etc.): Así en 1837: 40; 1845: 39; 1856: 51; 1869: 58; 1873: diferente concepción constitucional; 1876: 45.

¿Qué se infiere de esto?

- 1') Que la Constitución del 12 distinguía entre *Leyes* y *otros actos*.
- 2') Que esa distinción no es paralela al número 1 frente a los sucesivos, ya que entre éstos hay verdaderas *Leyes*, por ejemplo los Reglamentos para la Policía (núm. 23). MUÑOZ TORRERO, al referirse al número 24 del artículo 131 (proteger libertad de imprenta), dirá: «aquí no se trata del *Reglamento* publicado sobre la libertad política de la imprenta, que es sin duda una *Ley* como las demás»... (18).

(18) Diario de Sesiones de las Cortes Generales y extraordinarias, 1810-1813, núm. 367.

- 3') Que el artículo 131 atribuye formalmente el poder de *decretar Leyes* a las Cortes, y después una serie de facultades, unas serán Leyes y otros actos.
- 4') Que la conciencia de que *Ley* es algo especial, y diferente, sentimiento muy de acuerdo con la época, apunta a un concepto *material de Ley*, no en cuanto que la Ley y las Cortes sólo se tienen que ocupar de determinadas materias, esto es, las Leyes, sino en cuanto que la *Ley es una manifestación de especial trascendencia y características* (19), pero lo que no se puede deducir es que a la Ley, le esté vedado determinadas materias, o que se caracterice por tratar determinadas materias y sólo éstas.
- 5') Es decir, en 1812, como en Francia, hay un *concepto material*: regulación general, importante, de la *Ley*, pero no hay unas *materias reservadas* a la Ley, ya que ésta puede intervenir en todo: no estará limitada como en Alemania a regular sólo lo que afecte a la libertad y propiedad de los ciudadanos.
- 6') La distribución del poder normativo era no las materias (derechos de los ciudadanos por Ley, y organización, etc., por Reglamentos del Ejecutivo) no, la distribución era: *Ley* = todo en regulación *general*, abstracta, lo que daba lugar a *Reglamento*: regulación *detallada*, concreta de ejecución y aplicación.

Justamente la postulación de la Ley como regulación general, en principios, es lo que daba lugar al poder *reglamentario ejecutivo*. Este binomio:

Ley: regulación general.

Reglamento: regulación detallada,

es desconocido en los países anglosajones, donde nunca se tuvo un concepto *material* de Ley. Y desearía destacar que esta relación: *Ley como regulación general* trae como consecuencia inevitable un *poder normativo* secundario, justamente el Reglamento ejecutivo, no ha sido subrayado por la doctrina, que yo sepa, debidamente, y

- 7') La «potestad legislativa» de 1812, y que se repite en los sucesivos textos constitucionales de 1837, 45, 56, 73 (habla de «poder

(19) La concepción de Rousseau, la "Ley como expresión de la voluntad general" surge en las discusiones parlamentarias. Digno de estudio sería el *concepto de Ley* que se destaca en la "Consulta al país" en las diferentes respuestas de los diferentes estamentos, en 1809, vid. Artola, *Los orígenes de la España contemporánea*, II, 1959, 110 y sigs. VILLAR PALASÍ, en sus explicaciones de cátedra del curso 1967-1968, refirió discusión sobre la calidad de Decreto o Ley, entre DOU y CARELLI, en 1812.

legislativo») y 1876, es *material* en cuanto distingue y seguirá distinguiendo entre esa potestad legislativa (Además de...), entre hacer Leyes, y otras actuaciones, pero *formal* en cuanto no tiene limitado su campo de acción (20).

Frente a esto, al Rey o Ejecutivo se le atribuía como poder típicamente normativo —aparte, claro está, de su participación en la formación de la Ley por su iniciativa y su sanción— la facultad de:

«Expedir los Decretos, Reglamentos e instrucciones que crea sean conducentes para la ejecución de las Leyes» (171, núm. I).

Tras la anormalidad que supuso el texto del Estatuto Real de 1834, esta fórmula del poder reglamentario, en forma de Decretos, Reglamentos e instrucciones, para *ejecutar las Leyes*, se va a repetir en todas nuestras Constituciones con algún pequeño matiz:

1837 (47, 1.º, igual), 1845 (39, 1.º), 1856 (52, 1.º), 1869 (75, se modifica y se limita todavía más la emisión de Reglamentos «a los previos requisitos» que las Leyes señalen), 1873 (será afirmación de Reglamentos —no Decretos ni instrucciones—), artículo 9.º, 1876 (54, formulación tradicional).

2. Lo que se infiere de todo esto es que el poder reglamentario atribuido al Rey o Gobierno en las Constituciones españolas, está absolutamente *condicionado* a la «ejecución de las Leyes», y que el poder legislativo —a falta de prueba en contrario— tiene una competencia total; las materias reservadas a la Ley en 1812 lo abarcan todo, y si faltan los Códigos civiles, etc., es bien explicable por la época: la codificación era todavía una idea recién nacida. Más todavía: el Rey no tiene derecho *propio de organización*, ya que es la Ley la que regulará la «creación y suspensión de oficios públicos» (131, 9) y hasta el «Reglamento particular» que «señalará a cada Secretaría los negocios que deban pertenecerle» deberán ser aprobados por las Cortes.

(20) No he visto, en las distintas discusiones sobre los diferentes proyectos constitucionales, nunca que la potestad legislativa, las Leyes, se viesan limitadas a determinadas materias (generalmente 1845, 1876, el artículo "hacer las Leyes" se aprobaba sin discusión, vid. Diario de Sesiones, Legilt.^a 76-77. apéndice núm. 63). En el discurso preliminar de la Constitución de 1845: "Las Cortes con el Rey..., su potestad alcanza a todo, menos aquellas Leyes primordiales". Pero el tema no está aquí nada más que apuntado.

Contra esta tesis cabe aportar la atribución que se le hace al Rey en las Constituciones :

«Su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las Leyes» (1812-170, y 1876-50).

Esto a lo sumo daría al Rey un poder de tomar decisiones concretas, ciertas soluciones determinadas de orden público, pero *nunca* un poder general *reglamentario autónomo y originario*. Y esta interpretación tiene detrás toda la «auctoritas» de nuestra «reserva de la Ley» de 1812: la conservación del orden público en lo interior *queda concretado desde luego en gran parte* en los «Reglamentos generales de Policía»; pues bien, la emisión de estos Reglamentos era una de las 26 facultades de las Cortes enumeradas en el artículo 131 de la Constitución de Cádiz (número 23), pese a la atribución al Rey de dicha «cláusula de orden público» (!!). Sea también dicho que en las diferentes Constituciones, 1812: 222 ss.; 1836: 34-42; 1837: 61-2; 1845: 64-5, 1856: 65-6; 1868: 87-90; 1876: 49; las referencias a los Ministros no contienen ningún poder de gestión o administrativo (21).

Naturalmente, es discutible que en las posteriores Constituciones se hubiese producido dicha «recepción», aunque se puede mantener que sí, primero por no haber prueba en contrario en la fijación de la «reserva de Ley» en las Constituciones posteriores, así como por la clara «concepción ejecutiva» con la que aparece (excepción del Estatuto Real, y los proyectos de 1852 y 1929) el «poder ejecutivo» en los textos constitucionales españoles. El resultado de este análisis jurídico-constitucional también podría ser impugnado señalando los diferentes *principios* (*pacto*, 1845, 1876; *soberanía nacional*, 1812, 1856, 1869, 1873) que animan las diferentes Constituciones y que deben de afectar de alguna manera la relación Gobierno-Cortes, pero esto falla ante el propio texto constitucional que es «mudo» (reserva de Ley) o claramente «ejecutivo» (concepto de «gobierno»). Ahora bien, esta «cláusula de orden público», si le

(21) El Proyecto de Isturiz de 1836, artículo 29, aparece una frase que ninguna otra Constitución recogería: «El Rey es autoridad suprema del Estado, y como tal manda (las típicas facultades). Esta frase es influjo probablemente de Constitución francesa de 1797, y sobre todo de 1814. Lo curioso es que en dicho Proyecto no aparece la cláusula de orden pública, y la potestad reglamentaria, aparece con expreso límite de "alterar", "suspender", "dispensar". el cumplimiento de las Leyes.

permitía al Rey el derecho, constitucionalmente impecable, de emitir dichos Reglamentos, si no lo hubiesen hecho las Cortes, aunque ante la legislación posterior de las Cortes tendrían que retirarse o ceder.

3. Es evidente que este resultado *a nivel constitucional debería* quedar contrastado con un estudio profundo del *concepto de Ley*, o de la *potestad legislativa* que pudo haber quedado fijada en las diferentes *asambleas constituyentes* a lo largo del siglo XIX, así como por la práctica legislativa. Desde luego, y sea dicho de antemano, cualquiera que fuese el resultado, la tesis mantenida no quedaría afectada, ya que no es producto de una interpretación más o menos arbitraria, sino que responde a un *mínimo respeto* hacia la *estructura y concepción* de las Constituciones estudiadas, y que fueron, al fin y al cabo, las votadas. Debe ser también dicho que la relación Ley y Reglamento en el constitucionalismo español no es sino la universal de todo el constitucionalismo europeo, el modelo fue sencillamente un *legislativo* y un *ejecutivo* que ejecutaba las Leyes, no habiendo lugar para la *idea de gobierno*, como la *entidad impulsadora* de la vida pública, y algo más que ejecutora de las Leyes. Las Constituciones españolas respondieron, pues, con toda fidelidad a lo que se ha llamado el *Estado legislativo* (22). Sin embargo, y ante tan rotunda tesis, es necesaria una, aunque sea breve, referencia a la *práctica normativa*.

Todavía está por estudiar el extraordinario material que ofrecen las diferentes colecciones legislativas (23). La capacidad normativa de las

(22) *Estado legislativo* del XIX, frente al *Estado administrativo* de nuestra época, son *tipos* (junto al Estado jurisdiccional) de la Teoría del Estado alemana, europea.

Al decir *tipos*, se quiere insistir en la debida reserva con la que se deben utilizar estas imágenes. Para confirmar esta reserva, vid. el uso y abuso que hace SCHMIDT, C., en *Legalität und Legitimität*, 1932.

(23) En los diferentes títulos y en la numeración de las colecciones se refleja todo el vaivén de las configuraciones políticas: "Colección de los *Decretos y Ordenes* que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias, 1810-1811", el tomo V será de las "Cortes ordinarias hasta 11 de mayo de 1814", en que fueran disueltas. Pero la colección se continúa en 1820, "Colección de *Decretos y Ordenes generales...*", que dura hasta la disolución de las Cortes. Por su lado, Fernando VII tendrá su propia colección: "de *Reales resoluciones expedidas...*", que empezaba en 1814 ya hasta el 7 de marzo de 1820. "día en que S. M., a impulso de una facción impía y escandalosa, fue privada de su preciosa libertad".

Reanudada la colección en 1823 hasta 1832, se llamará ahora "Decretos de Fernando VII y *Reales Ordenes, Resoluciones y Reglamentos*".

Y esta colección muere, y con ella el absolutismo en 1832, cuando empezará una "Colección de *Leyes, Reales Decretos, Ordenes, Reglamentos, Circulares y Resoluciones generales...*", y con el subtítulo "Comprende desde el día 10 de octubre de 1832. en que por separación del Ministro Calomarde dio principio un cambio en el *sistema guber-*

Cortes, extraordinaria y ordinaria tanto en 1810-13 y 1820-23, fue *muy amplia*, aprobando Leyes y Reglamentos de acuerdo con la Constitución. Con el Estatuto Real se emitían Reales Decretos bajo reserva de «acuerdo con las Cortes», respetando el artículo 33 del Estatuto «para la formación de Leyes». Esto da lugar a plantearse qué eran y qué no eran Leyes bajo el Estatuto. En 1837, la capacidad de las Cortes constituyentes se expresó de nuevo decretando Leyes, «mitiendo Decretos, ambos sometidos a la sanción Real, lo cual plantea de nuevo un concepto determinado de Ley. Había, pues, Leyes, Decretos y Acuerdos de las Cortes, junto a Reales Decretos y Ordenes de la Reina Gobernadora.

Algunos de los Reales Decretos eran «circulando lo acordado por las Cortes en el día anterior». Este período, hasta la subida al poder de ESPARTERO, es digno de ser estudiado por la enorme riqueza de fuentes jurídicas.

Bajo ESPARTERO, el poder real va haciendo cada vez más uso de los Decretos y de las Ordenes, y serán en 1845 y 1849 cuando se consolide la fórmula «a propuesta, o deliberación del Consejo de Ministros». Es durante estos años cuando se nota un número mayor de medidas normativas reales, y se van consolidando las fórmulas administrativas actuales (24).

4) Tras este inciso, que demuestra la gran complejidad (Decreto, Ley, fundamentalmente) de la práctica normativa, y que no deja duda sobre la necesidad de estudiar el *concepto de las fuentes jurídicas* en el primer constitucionalismo español, volvamos de nuevo a los documentos constitucionales.

La relación entre Ley y Reglamento, es decir, entre el poder norma-

nativo". Y este mismo año se ordenó la publicación de la obra legislativa de 1810-1814 y 1820-1823. En 1837 la colección, reflejando el poder de las Cortes, se llamará... de las *Leyes, Decretos y Declaraciones* de las Cortes, y de los *Reales Decretos, Ordenes y Resoluciones*, y *Reglamentos generales*, que ya a partir de 1845 se llamará Colección legislativa. Lo sucinto de lo que a continuación sigue no refleja, realmente, las muchas horas que me he pasado con estas "Colecciones".

(24) De esta época data el Real Decreto de 2 de febrero de 1852 sobre contratación de obras y servicios públicos, aducido como prueba de la existencia de Reglamentos independientes, no simplemente ejecutivos en el Derecho español. Esto, naturalmente, es un grave error. Las normas emitidas por la Administración sin expresa referencia a la ejecución de una Ley, sólo confirman la inactividad del legislativo, que en cuanto quiera puede hacer retroceder a la norma administrativa. La potestad reglamentaria autónoma, los Reglamentos independientes de STEIN, se refieren a un ámbito normativo propio de la Administración libre de la injerencia legislativa. Esto sólo ocurre constitucionalmente en España en 1938-1942-1967.

tivo de las Cortes y el del Rey, aparece en las Constituciones españolas: Ley...

Ley: materia indefinida, salvo algún punto que expresamente se exige esté regulado por *Ley* (contribución), o por *Ley especial* (alianzas, tratados, ausencia del Rey, matrimonio, tropas extranjeras, etc.), pero esto no *tiene nada que ver con un concepto material de Ley*, sino sencillamente con la afirmación política de la necesidad de intervención de las Cortes. Y por otro lado el *Reglamento*: para ejecutar Leyes.

La única excepción a este modelo —dejando aparte la Constitución de Bayona y el Estatuto Real, de muy diferente cuño (25)—, es el proyecto de 1852, de BRAVO MURILLO, donde sí se apunta a un concepto diferente de Ley: si se hace referencia a los tradicionales puntos que se regularán por Ley (contribuciones, presupuestos, dotación del Rey), así como a los actos en los que se pide autorización por Ley (esta vez sin «especial»): enajenar territorio, ratificar tratados, abdicación, matrimonio real; pero el Rey estará dotado —y aquí radica la gran diferencia—, de:

«autoridad [que] se extiende a todo lo que forma la gobernación del Estado..., para lo cual ejercerá todas las atribuciones y expedirá los Decretos, Ordenes e instrucciones oportunas...» (art. 19).

Aquí el poder reglamentario no es para ejecutar Leyes, sino «para todo lo que forma la gobernación del país». Un poder reglamentario autónomo, originario, si se deduce del Proyecto de 1852.

La otra excepción al modelo tradicional será el Anteproyecto de PRIMO DE RIVERA, de 1929, donde se establece también la *reserva de la Ley* para determinadas materias, atribuyendo el Anteproyecto al Rey «como jefe supremo del poder ejecutivo».

- Poder de emitir Reglamentos e instrucciones necesarios para la ejecución de Leyes (art. 70, 5.º).
- Así como la facultad de emitir normas obligatorias en «materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa (art. 70, 5.º).

Y esto estaba de perfecto acuerdo con el concepto de Gobierno que instaura dicho Anteproyecto:

(25) Intento un corto análisis del orden normativo de ambos documentos en el libro que publicaré próximamente, con resultado algo diferente al de una reciente monografía sobre el Estatuto real.

Artículo 70: «Como jefe supremo del poder ejecutivo, corresponde al Rey: I) Dirigir la Administración del Estado y el Gobierno de la Nación».

Y como en la Ley Orgánica de 1967, este liderazgo del Jefe de Estado (institución comprendida como «función moderadora», art. 43, 2.º) rompe el marco de la tradicional «cláusula de orden público» con más rotundidad al fijar en el artículo 43, 3.º, que al Rey corresponde «asegurar la continuidad de la política interior en asuntos económicos y sociales...»

Esto ya no tiene nada que ver con «la ejecución de Leyes». Esta función directiva del *Jefe del Estado* está —como en la Ley Orgánica de 1967— compartida con el Gobierno, tanto con el *Presidente del Consejo* al que «corresponderá trazar las normas generales de la política y de la gestión administrativa del Gobierno» (19 del Anteproyecto de Ley Orgánica del poder ejecutivo) y con el *Consejo de Ministros*, «cuya intervención será necesaria en la aprobación de Reglamentos generales» (artículo 71 del Anteproyecto de Constitución). *La obra constitucional de Primo de Rivera sí que tenía una concepción clara y definitiva de Ley y Reglamento*. El Proyecto no sólo habla de «materias reservadas a la exclusiva de las Cortes», como hará la Constitución de 1931, sino que se referirá en concreto a ellas en el artículo 63. Y el concepto de «Reglamento» recibirá una importante regulación en los artículos 44 y siguientes del Proyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, donde se distingue entre:

- Reglamentos ejecutivos;
- Reglamentos administrativos;
- Reglamentos de urgencia;
- Reglamentos de necesidad;

terminología toda está acuñada por la ciencia jurídica alemana (doctrina, STEIN). El artículo 45 y 46 definirá los Reglamentos ejecutivos y los administrativos, que a diferencia de la doctrina alemana sí pueden regular relaciones entre los ciudadanos: la diferencia entre los ejecutivos y los administrativos, es que éstos se proponen «la implantación de normas generales obligatorias en materias no reservadas... a las Cortes» (artículo 46).

Este momento supone el más alto grado y refinamiento técnico-jurídico sobre el poder normativo en la historia del constitucionalismo español.

Este modelo de 1929, tanto en concepto de Ley como de poder reglamentario, será, en parte, el precedente claro de 1942 y 1967 (26).

Pero salvo estas dos excepciones de 1852 y 1929, que no llegaron ni a verse publicadas, así como la Constitución de Bayona y el Estatuto Real, que tienen unos presupuestos muy diferentes, la tradición constitucional española ha sido la indicada anteriormente y que tendría su punto final en 1931.

5) En 1931, aunque la Constitución habla de «materias reservadas a la competencia de las Cortes» (arts. 61 y 80) no se cita ninguna, pero que estas materias son ilimitadas e indefinidas, siguiendo la tradición española, se deduce fácilmente al ver el concepto de *poder reglamentario que tiene la Constitución*:

- Sólo con autorización expresa será posible decretar sobre materias de Ley (61).
- Presidente de República, expedirá Decretos, Reglamentos e instrucciones generales *para la ejecución de Leyes* (79).
- Consejo de Ministros ejerce la potestad reglamentaria (90). No aparece en el texto ningún poder reglamentario autónomo, sino sólo para ejecutar Leyes. Y más todavía: ROYO-VILLANOVA pidió y consiguió que una enmienda suprimiese la frase que añadía al poder de emitir Reglamentos para la ejecución de las Leyes: «y la buena marcha de la Administración».

La enmienda de ROYO-VILLANOVA deberá ser citada completa: «creyendo que la potestad reglamentaria debe mantenerse siempre dentro de los límites marcados por las Leyes, lo cual explica que se llame al poder que las ejecuta, poder ejecutivo, sin que sea lícito dar pretexto siquiera a que éste puede salirse de la órbita marcada por la legislación, tiene el honor de proponer la siguiente enmienda al artículo... 'se suprime' y la buena marcha...» (27).

(26) Me interesa destacar este punto, que es, me parece nuevo: el precedente de la LOE es el Proyecto de PRIMO DE RIVERA (*vid. supra*, A), final. Desarrollo esto en una monografía inédita: *La racionalización del poder político*.

(27) Diario de Cortes, 1931, apéndice 1.º al núm. 64.

La enmienda de ROYO-VILLANOVA fue aprobada con aplausos. Y esto pese al claro

Consecuentes los constituyentes españoles de 1931 eliminaron todo poder reglamentario autónomo: aunque esto chocase contra la situación de hecho legítima consuetudinariamente, la Constitución de 1931 exigía una *habilitación específica* para cada Reglamento, consecuente así la estructura tradicional de nuestros textos constitucionales. El peso del *Estado legislativo* era evidente.

6. Si la Constitución tenía una estructura en la cual el papel de ejecutivo era muy modesto, es curioso recordar cómo el Tribunal Supremo —con unos fines evidentes de imposibilitar toda impugnación— llegó a concebir, como recordaba no hace mucho GARCÍA DE ENTERRÍA, la potestad reglamentaria como una *función política o de gobierno*, en sentencias de final del siglo pasado, y hasta bien entrado éste. Dejando aparte la vaguedad y dificultad del concepto *función política o de gobierno*, es lo cierto que aquí se elevaba el Reglamento a una altura que *rompía por completo el orden querido por la Constitución, basada indudablemente en una concepción de subordinación principal del Reglamento a la finalidad de ejecutar las Leyes*.

Sin embargo, dejando aparte la razón concreta de tal concepción, no se puede negar que el Supremo demostró tener con tal afirmación una gran sensibilidad, porque realmente así se puede considerar al Reglamento en el Estado moderno, o para evitar la palabra, a las disposiciones, normas, etc., emitidas por el Gobierno: la más *directa y concreta prueba* de su política, el reflejo más palpable de su reacción ante los problemas y de su adaptación a las necesidades más o menos perentorias. Esta concepción tenía tras de sí a uno de los más grandes teóricos del Estado, a LORENZ VON STEIN, que en sus obras (28) de Teoría de la Administración había desarrollado una notabilísima concepción del Estado, de raíz hegeliana, en la que el Gobierno aparece como el «representante de todo el poder estatal», y el que «hace consciente a la totalidad la esencia del Estado» (29), surgiendo el Reglamento con gran fuerza y vigor, en función política y estatal de primer grado.

liderazgo político del Gobierno en el artículo 37: "El Presidente del Consejo de Ministros dirige y representa la política general del Gobierno" y el poder de dirección y gestión de los Ministros, constitucionalizado en el artículo 87, 2.º

(28) LORENZ VON STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3.ª ed., 1888, y el que yo he manejado: *Die Verwaltungslehre*, 1865, y la 2.ª ed. de 1869, ed. fotomecánica, 1962, cuyo tomo I (parte 1.ª, sec. 1.ª) llevaba el expresivo título: *Die Vollziehende Gewalt*; el poder ejecutivo, y el subtítulo: *Das verfassungsmässige Verwaltungsrecht*; el Derecho administrativo constitucional, y *Die Regierung und das verfassungsmässige Regierungsrecht*: El Gobierno y el Derecho gubernamental constitucional.

(29) Loc. cit., pág. 134.

«... La legislación por su esencia fija preceptos duraderos para relaciones y fuerzas que considera permanentes; pero la vida real crea repentinamente nuevas relaciones... que pueden alcanzar a todo el Estado. Por ello, no cabe duda que no hay Ley... que satisfaga lo que quiere y debe dominar: la vida real... no hay ninguna legislación del mundo que jamás haya sido completa...

Por ello tiene que haber una fuerza y función en el Estado, que sustituya a la legislación... y esa fuerza y función es la del poder ejecutivo, que surge formalmente con la manifestación de voluntad del Reglamento (*Verordnung*)...; la verdadera vida estatal... se expresa en la relación orgánica de Ley y Reglamento» (30).

Dejando de lado a STEIN —cuya clasificación de Reglamentos iba a tener una gran trascendencia doctrinal en España después de 1910—, sí es de señalar que el Supremo no chocaba con la voluntad de la Constitución al permitir a la Administración emitir diversos sucesivos Reglamentos para ejecutar una misma Ley, ya que esto sí que entra de lleno dentro de la concepción del Reglamento como instrumento para ejecutar la Ley; el único límite a este derecho de *repetibilidad* sería el propio impuesto por la Ley, pero siempre que los sucesivos Reglamentos no fuesen contra *legem nada*, se oponía en lógica jurídica a semejante uso. A esta misma conclusión había llegado el Consejo de Estado francés en 1937 (31).

Tras el *análisis constitucional*, la referencia a la *práctica legislativa* y a la *jurisprudencia*, no queda sino fijarse brevemente en la *doctrina* para contrastarla con el modelo normativo de la tradición constitucional española.

Todavía está sin estudiar con todo detalle la teoría del Estado de nuestros clásicos. Para lo que aquí interesa, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO ha señalado que en la ciencia española (CANCA ARGÜELLES, SILVELA, POSADA HERRERA, etc.) fue, quizá como en ninguna otra, condicionante la perspectiva de la división de poderes para determinar el Derecho administrativo a través de la noción de la ejecución de Leyes (32).

Esto parece ser muy cierto en los tratadistas españoles de Derecho público, donde domina el esquema teórico de legislativa, ejecutivo y ju-

(30) Loc. cit., pág. 76, *passim*.

(31) CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, ed. mejicana 1948, pág. 427 sigs.

(32) Realmente me atrevería a decir que por todos, POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, 1843, I, págs. 72 y sigs. y 154 sigs.: "Reales órdenes... disponga esto o lo otro sobre la ejecución de una Ley..."... Reglamentos son aquellas disposiciones que dan los Ministros respecto de las circunstancias de tiempo y lugar a que es necesario atender, para que una Ley tenga cumplimiento" (pág. 155).

dicial, lo cual en principio impidió adquirir conciencia doctrinal de la idea de Gobierno. La única excepción a este esquema teórico para explicar el Estado y la Administración pública fue quizá GIL ROBLES, que en su tratado de Derecho político, publicado en 1899, dedicaba el libro IV al Gobierno (33). Así, cuando COLMEIRO, a raíz de la nueva Constitución, publica su pequeño opúsculo de Derecho político y administrativo, en la parte dedicada al Derecho político hablará del «poder ejecutivo» encargado de guardar y hacer que se guarden y cumplan las Leyes» (34), y al estudiar el Derecho administrativo dirá refiriéndose al «poder administrativo» (35), o mejor al Rey «como autoridad suprema en el orden jerárquico de la Administración», que le corresponde promulgar las Leyes y ejercer la *potestad reglamentaria* «porque en efecto reglamenta u ordena por medio de disposiciones secundarias el modo de ejecutar los preceptos *legislativos*» (subrayado mío). Surge en un párrafo más adelante el concepto francés de «reglamento de administración pública» —que sólo se encuentra en un texto constitucional español: la Constitución de Bayona—, como «categoría» a la que «pertenecen los Decretos, Ordenes, Circulares, Reglamentos, ordenanzas e instrucciones». Todos ellos, dirá COLMEIRO, son «actos derivados *de la Ley*», diferenciándose los Reglamentos de ella, por establecer ésta principios y aquéllos detalles, por ser una perpetua (!) e inmutable (!), y el otro variable, porque la «Ley manda y el Reglamento obedece» (36).

Además: el objeto de las «instrucciones ministeriales es dirigir la ejecución de las Leyes y Reglamentos administrativos, ilustrando a las autoridades, avivando su celo y acudiendo a todos los pormenores» (37).

La sucinta exposición de COLMEIRO constata la ausencia de todo poder reglamentario autónomo, un estricto concepto de *ejecución*, y además de *Ley*, o preceptos *legislativos*. En una palabra, la comprensión de COLMEIRO confirma la exposición que se hizo sobre el modelo normativo de las Constituciones españolas.

Cuando SANTAMARÍA DE PAREDES, cinco años más tarde, publica sus obras de Derecho político y administrativo, va a introducir una teoría

(33) ENRIQUE GIL ROBLES, *Tratado de Derecho político*, 1899, 3.^a ed., 1960, II, libro IV, pero la función gubernativa se dividía en dos irreductibles (!): la legislativa y la ejecutiva, pág. 234.

(34) COLMEIRO, *Elementos de Derecho político y administrativo de España*, 1877, pág. 50.

(35) *Op. cit.*, págs. 147-159.

(36) *Op. cit.*, 160.

(37) *Op. cit.*, 165.

sobre la potestad reglamentaria, que iba a dar lugar a una polémica al respecto.

Su cuadro teórico presenta la novedad que junto a los clásicos poderes ejecutivo, legislativo y judicial, aparecía el *poder armónico* (38), atribuido al Jefe del Estado, concepción de claro sabor doctrinario, doctrinarismo político que en general sería objeto muchas veces de la crítica de don ADOLFO POSADA. Cuando un par de años más tarde publicó su Derecho administrativo (39) y trató con cierta extensión el problema de la «potestad reglamentaria» (40), SANTAMARÍA distinguió entre la potestad reglamentaria *inmediata*: desarrollo del precepto mismo del legislador, y la *mediata*: era la que «sin tocar en la Ley» se refiere al orden interno de la Administración, «versando casi siempre sobre el modo de regular un servicio administrativo». No se puede negar que aquí sí que hay un poder reglamentario autónomo en ese ámbito interno de la Administración. Pero el interés de SANTAMARÍA era sobre todo la «potestad reglamentaria directa» para el «efecto de determinar su índole en relación con el Poder legislativo». Y la tesis de SANTAMARÍA es que «la potestad reglamentaria se ejerce por *delegación* del poder legislativo». Es cierto que esta delegación puede ser *tácita* o *expresa*, dando lugar a la dicotomía «Reglamentos administrativos y Reglamentos de Administración pública» (41), según la terminología de M. BLOCK, que, como se ve, no tiene nada que ver con los conceptos alemanes: Reglamentos jurídicos y administrativos.

Pero SANTAMARÍA no da mucha importancia a esta distinción. Lo que interesa destacar es que estos *Reglamentos directos* «se proponen la aplicación de una Ley». SANTAMARÍA tiene, siguiendo la doctrina francesa, por otra parte, un concepto de *Ley* (norma principal), reglamento (detalle), semejante a COLMEIRO. En SANTAMARÍA, pues, había una potestad reglamentaria autónoma para los servicios públicos o Administración interior, y otra, para la «aplicación de la Ley», *delegada* por el legislativo. Sobre esto hay que decir que la primera potestad no tenía ninguna base legal, y la doctrina de la *delegación* tampoco era constitucional, ya que no era en absoluto necesaria porque la Administración —como muy bien decía el mismo SANTAMARÍA— tenía suficiente «autorización en virtud del precepto constitucional que otorga al poder ejecutivo la facultad reglamen-

(38) SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho político*, 2.^a ed., págs. 286 y sigs., 351.

(39) *Curso de Derecho administrativo*, cit., 3.^a ed., 1914.

(40) Op. cit., págs. 53 y sigs.

(41) Op. cit., pág. 55.

taria» (42). Sin embargo, *la teoría de la delegación para explicar el poder normativo de la Administración*, cuyo origen quizá se encuentra en algunas Constituciones francesas (1795, art. 132), y que había sido elaborada por parte de la doctrina francesa (ESMEIN), y que es la base de la explicación jurídica del poder normativo administrativo en los países anglosajones, debió tener resonancia en España, ya que el autor del concepto de Ley en la *Enciclopedia Jurídica Seix*, en 1914 (43) escribía: «Los Reglamentos, verdadera delegación parcial del poder legislativo», y más adelante: «La denominación de Reales Decretos, Reales Ordenes, se dirigen en España a aquellas disposiciones reglamentarias que... se delegaban en el poder ejecutivo..., siempre que estas disposiciones se mantengan dentro de los límites de delegación» (44).

Parte de la doctrina española estaba, pues, lejos, no ya de admitir un poder reglamentario autónomo, sino hasta un poder *reglamentario ejecutivo que no fuese delegado*.

Contra esta concepción de SANTAMARÍA se levantó don ADOLFO POSADA, que, si bien en la primera edición de su *Tratado de Derecho administrativo* (45), es bastante moderado en su crítica: «la potestad reglamentaria en sí es *función legislativa* que ejerce la Administración con más o menos amplitud, según el sistema político vigente, que en parte puede ejercer por delegación expresa del poder legislativo, como cuando éste así lo dispone, y que en parte necesariamente tiene que ejercer la Administración misma, por ser imposible realizar en las funciones la total separación que entraña el supuesto de la división de poderes», en el artículo «Reglamento», que redactó para la *Enciclopedia Jurídica Seix* en 1914, criticaría duramente la teoría de la delegación (46), crítica que recogería íntegra en la segunda edición de su *Tratado* (47), tras una cita coincidente de HAURIUO: «La teoría de la delegación legislativa del poder reglamentario no encuentra, por otra parte, su fundamento en la Constitución; en efecto, tal potestad arranca directamente de la Constitución misma...» (art. 54, 1.º), y con argumento irrefutable, se preguntaba cómo iba a ser necesaria una delegación, tras esta atribución de la facultad reglamentaria por la Constitución. Por otra parte, don ADOLFO

(42) Loc. cit.

(43) *Voz Ley*, por SIERRA POMARES, en *Enciclopedia Jurídica Española*.

(44) Op. cit., pág. 318.

(45) ADOLFO POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*, 1897, págs. 257 y sigs.

(46) *Voz* «Reglamento», «Orden», «Real Decreto», por don ADOLFO POSADA, *Enciclopedia Jurídica Española*.

(47) *Tratado de Derecho administrativo*, 1923, págs. 233 y sigs.

POSADA distinguió (48) entre *Reglamentos de Ley* y los *ordinarios*, aquéllos sí corresponden con los *Reglamentos de Administración pública franceses* y con los *Reglamentos directos* de SANTAMARÍA, y los segundos son los que «el ejecutivo elabora y dicta según su buen criterio, merced a una libre interpretación del precepto constitucional».

Esta segunda clase de Reglamentos podría dar lugar a pensar que aquí se está afirmando la existencia de un poder reglamentario *autónomo, praeter legem*, y, sin embargo, nada más lejos del pensamiento de don ADOLFO POSADA: a lo que se está refiriendo es que a veces el Reglamento emitido es un *encargo o mandato* (49) de la Ley, mientras que unas veces era para dar «cumplimiento a una Ley determinada», otras era para «la ejecución de las Leyes»; de un poder reglamentario paralelo o fuera de la Ley, no hay rastro.

Por último, Ley y Reglamento en POSADA no son comprendidas de una manera *material* —cuidado, no de *materias*, ya que el legislativo tiene una «competencia ilimitada» (pág. 236)—, como lo hacía COLMEIRO y SANTAMARÍA (norma principal y norma detallada), sino que en expresa polémica con HAURIU —que sí defendía unas materias: policía, por ejemplo, propias del Reglamento— POSADA seguirá el concepto de JÈZE y DUGUIT del Reglamento: un concepto absolutamente formal, norma general emitida por un órgano distinto del Parlamento (50).

Desde luego, bajo la Constitución de 1876 no había materias reservadas a la Ley y otras al Reglamento, como ya quedó claro a lo largo de todo el análisis anterior, pero sí había en la propia *estructura constitucional* desde 1812 un concepto material de Ley: máxima principal, general; Reglamento, norma detallada, etc., que POSADA no retiene.

Pero entre tanto se había producido un fenómeno de trascendencia doctrinal: la recepción de la trilogía de LORENZ VON STEIN sobre los Reglamentos u *Ordenanzas* (ejecutivo, administrativo o autónomo, y de necesidad), como dijo al principio su introductor, traduciendo probablemente de la edición italiana, única que pareció conocer, ANTONIO ROYO-VILLANOVA, en 1910 (51), y que ha tomado carta de naturaleza en la ciencia española. Es cierto que todo el enorme vigor y fuerza que tiene el «Reglamento propiamente dicho» (el «*eigentliche Verordnung*»), esto es, el que no se emite para ejecutar la Ley, sino para sustituirla cuando la

(48) Op. cit., 236.

(49) Op. cit., 236.

(50) Reglamento, en *Enciclopedia Jurídica Española, Tratado*, págs. 230 y sigs.

(51) ANTONIO ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, pág. 13, nota 3, y pág. 41.

Ley no existe (*an Stelle des Gesetzes*) (52), en STEIN, expresamente designado como «el más importante en más de un aspecto» no se encuentra en la exposición de ROYO, pero es un hecho muy frecuente, éste ocurrido aquí, la recepción de una doctrina extranjera —por cierto en su país de origen rechazada por anticonstitucional— para explicar un fenómeno de nuestro orden jurídico (el ejemplo de ROYO: Real Decreto de 1852 sobre contratación de obras), sin comprobar su admisibilidad por el sistema receptor. Es muy de notar que POSADA, que conoció y manejó ampliamente a STEIN en lengua original, no recogiese dicha clasificación de Reglamentos.

Evidentemente que era un hecho necesario el poder normativo de la Administración «en ciertas materias que no han sido objeto de ninguna Ley, pues la satisfacción de las necesidades públicas no puede paralizarse por falta de preceptos legales» (53) —y el que mejor conocía la impotencia de las Cortes era el mismo POSADA, que había escrito al doblar el siglo un notabilísimo trabajo sobre la actividad legislativa de las Cortes (54), que en 1900 había aprobado 39, y en 1902 50 Leyes—, pero de constatar este hecho, a crear una teoría del Reglamento que no tenía nada que ver con la Constitución vigente de 1876, hay una cierta diferencia.

Es un hecho que la recepción de doctrina ajena, sin reflexión, ha sido un fenómeno no raro en la ciencia jurídica española.

STEIN tuvo fortuna en España, y en 1926 se presentaba una tesis doctoral en la Universidad de Madrid ante un tribunal compuesto por POSADA, GASCÓN, AZCÁRATE, OLARIAGA, PÉREZ SERRANO, en la cual el autor, futuro catedrático de Derecho político en Granada, bajo un tremendo título (55) criticaba la teoría de la delegación de la potestad reglamentaria, defendería con ardor los «Reglamentos *fuera de Ley*» (no según la Ley) y que STEIN llama «ordenanzas administrativas» (56). Y el doctorando continuaba diciendo que «esto no se encuentra sólo en los países de anomalía constitucional, porque ellos (los Reglamentos) no son in-

(52) LORENZ VON STEIN, *Die Verwaltungslehre*, tomo I, *Die vollziehende Gewalt*, 1869, págs. 302 y sigs.

(53) ROYO-VILLANOVA, op. cit., pág. 43.

(54) ADOLFO POSADA, *Teorías políticas*, 1905, págs. 223 y sigs.

(55) GARCÍA LABELLA, JOAQUÍN, «Un punto de vista» para el planteamiento de las relaciones entre la Administración y las funciones legislativas, ejecutiva y judicial (Apuntes para una sistematización de algunos problemas de Derecho administrativo), tesis doctoral sin publicar.

(56) Op. cit., pág. 31.

compatibles con el régimen hoy predominante en los Estados civilizados... son «necesarios y constitucionales».

Esta afirmación en 1926, cuando un par de años más tarde se iba a presentar un Anteproyecto de Constitución, donde rompiendo con el modelo constitucional tradicional, se iba a crear un ámbito propio de la Ley y otro propio de los Reglamentos: los Reglamentos administrativos (!!), era inteligente. Pero que nueve años más tarde, cuando el mismo autor, al comentar la potestad reglamentaria bajo la Constitución de 1931, aplicase sin más la terminología de STEIN, «la más importante clasificación», a un texto constitucional que sólo conocía una potestad *reglamentaria ejecutiva*, y que expresamente había rechazado una cláusula general de potestad normativa reglamentaria «para la buena marcha de la Administración» (57), limitándola a la «ejecución de las Leyes» (art. 79), no era ya correcto (58). Desde luego, por lo menos se admitía que la competencia para los Reglamentos administrativos (los autónomos) sólo está establecida «de un modo indirecto». Y argumenta:

«Los artículos 61, 76, b), y 80, en cuanto al permitir la Administración, en los casos y con los requisitos que señalan, legislar en las materias reservadas a la competencia de las Cortes, implícitamente la autorizan sin aquellos requisitos para legislar en casos no reservados a la competencia de aquéllas...»

No, realmente ése no era el camino, sí el más fácil. El camino era preguntarse qué eran esas «materias reservadas», con lo que se hubiese llegado al resultado que la estructura constitucional no conocía *tales*, sino

(25) *Vid. supra*, núm. 5: La Constitución de 1931, la enmienda de —no deja de tener ironía— ROYO-VILLANOVA. Es muy curioso cómo en la última edición de sus Elementos, ROYO-VILLANOVA (A. y S.), 1964-1965, es mucho más preciso ante el fundamento de la potestad reglamentaria para los “reglamentos administrativos e independientes” (pág. 71), y de la misma forma que en el análisis aquí expuesto establece que la “Constitución se refería a los reglamentos dictados para la *ejecución de las Leyes*”. Según ROYO-VILLANOVA (*loc. cit.*), el fundamento para las disposiciones administrativas independientes “había que buscarlo en una interpretación lata del precepto constitucional, dando a la palabra *ejecución* un sentido amplísimo, o lo que parece más lógico en la costumbre constitucional por la que se reconoce a la Administración la facultad de dictar normas jurídicas cuando no hubiese Ley aplicable”.

Y más adelante: “Sin embargo, hay que confesar que estas ideas no se manifestaban con claridad, que existía la tendencia a considerar la Administración pública como una actividad ejecutiva de la Ley” (72). Creo que esta cita no necesita comentario.

(58) GARCÍA LABELLA, *Nociones de Derecho político y administrativo* (contestaciones al programa de ingreso al Cuerpo de Abogados del Estado), 1935, págs. 163 y 165; en la pág. 164 justifica la “sustitución de la expresión ordenanza por la de reglamento, como más adecuada a la terminología de nuestra legislación”.

que la Ley tenía, como en toda nuestra tradición constitucional, competencia ilimitada, y el *ejecutivo* era sólo para *ejecutar Leyes*. El final del argumento, a base del artículo 76, c), merece igual comentario.

Claro es que una teoría, una vez aceptada, es difícil postergarla, cuesta abandonarla. En 1935, en la sexta edición del Tratado de GASCÓN Y MARÍN, tras afirmar que «de todas las clasificaciones, la que corresponde mejor a la realidad de las cosas es la de STEIN» (59), se consideraba como «definición que contiene dos elementos esenciales del concepto [del Reglamento] hoy dominante en las obras más recientes» la siguiente:

«Toda norma general y obligatoria emanaba del Estado o de cualquier otra autoridad pública que no sea la legislativa y dada para el bien público» (así siguiendo a GÜENECHEA) (60).

Lo cual no hacía nada más que confirmar el divorcio entre una doctrina y los supuestos de la Constitución vigente.

C) *Fundamento y articulación del poder normativo gubernamental.*

Si bien las Leyes de 1938 y 1939, de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, y de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, no tienen carácter constitucional, en ellas está articulado el poder reglamentario en el actual sistema español, elevado a rango constitucional por el artículo 13, 2.º, de la Ley Orgánica de 1967.

Convendría en primer lugar decir que aunque ninguna *Ley Fundamental* (Cortes, Fuero de los Españoles, Fuero del Trabajo, Ley de Sucesión, Ley de Referéndum) establece el poder reglamentario, el sistema de la Ley de Cortes en sus artículos 9.º, 10, 11, 12 y 13, dejaban jurídicamente de *forma perfectamente clara la potestad normativa del Gobierno* en «las disposiciones que no están comprendidas en el artículo 10» (así artículo 12), y la única posibilidad de que dichas disposiciones generales —es decir, todo el resto del orden jurídico— pasase al conocimiento de las Cortes (Comisiones) sería porque «así se establezca en alguna [Ley] posterior», o por dictamen de la Comisión especial, que crea el artículo 12, a requerimiento del Gobierno o del Presidente de las Cortes, ahora

(59) *Tratado de Derecho administrativo*, I, 1936, pág. 108.

(60) *Op. cit.*, págs. 105 y sigs.

sustituido este último por la *Comisión Permanente de las Cortes*, así como el conocimiento del Pleno surgiría por el artículo 10, *m*), de la misma Ley (61).

Con todo, la *conformación constitucional* del poder reglamentario del Gobierno —la contrapuesta a la reserva de la Ley del artículo 10 de la Ley de Cortes de 1942— se ha efectuado en el mencionado artículo 13, II, de la Ley Orgánica.

El Consejo de Ministros... ejerce la potestad reglamentaria.

Principio casi idéntico a 1931, artículo 90:

Corresponde al Consejo de Ministros... ejercer la potestad reglamentaria.

¡Pero qué diferencia, dado el abismo radical que separa a ambas Constituciones!

La potestad reglamentaria de 1931:

- 1.º Al ser el campo de la Ley indefinido, recogiendo con ello la tradicional formulación de la Constitución española a partir de 1837 (tampoco hay reserva de Ley en el proyecto de 1836), con las excepciones ya mencionadas, de 1852 y 1929, que se quedarán en proyectos, y
- 2.º Al estar fijados los instrumentos de dicha potestad reglamentaria: los Decretos, Reglamentos e instrucciones para el fin de *ejecución de Leyes* (art. 79),

no cabe duda que está subordinada y condicionada por la Ley.

En cambio, en 1967, por estar fijado de antemano el campo de la Ley, es decir, al tener un concepto estricto material de Ley —el artículo 10 de la Ley de 1942—, la potestad reglamentaria *abarca todo aquello* que no está comprendido en dicho artículo.

Son dos estructuras constitucionales radicalmente diferentes; y es el *concepto de Ley* el que marca la raya: en 1931 *formal*, o por lo menos sin precisar, en 1967 (1942-1938) *material*.

¿Cómo se expresa esa «potestad reglamentaria»? La Ley Orgánica no dice nada, salvo sí, el precepto del artículo 40, que desde los principios de la teoría del Estado tradicional es sorprendente en varios aspectos:

(61) En detalle, *supra*, A).

«La Administración asume... el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la *pronta y eficaz satisfacción del interés general*».

Este es el *motor ideológico de la «potestad reglamentaria»*: aquí la Administración es radicalmente diferente a una mera ejecutiva de Leyes». El centro constitucional del proceso político y jurídico está en el Gobierno y en la Administración. Así, el artículo 13, I: «El Jefe del Estado *dirige la Gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros*», y II: «El Consejo de Ministros... determina la política nacional». Ya se habló de las expresiones de esa potestad reglamentaria. Teniendo en cuenta la Ley de 1938, artículo 17, y la Ley de Régimen Jurídico de 1957, y de Procedimiento Administrativo de 1958. Se puede establecer:

Que fundamentalmente el *poder reglamentario* se manifiesta a dos niveles:

a) A nivel de Consejo de Ministros, siendo la expresión jurídica: el Decreto (1938, art. 17, 2.º, y art. 24 de 1957).

b) A nivel de Ministro: por medio de la *Orden* (25, 1 de 1957).

¿Y el Jefe del Estado?

Ley Orgánica de 1967 (art. 6.º):

El Jefe del Estado: *ejerce el poder supremo político y administrativo..., garantiza y asegura el regular funcionamiento de los Altos Organos del Estado, y la debida coordinación entre los mismos; sanciona y promulga las Leyes, y provee a su ejecución..., vela por la conservación del orden público en lo interior...*»

Es, pues, evidente que la Ley Orgánica quiera una intervención del Jefe del Estado en el proceso jurídico reglamentario, lo cual es lógico con:

«El Jefe del Estado dirige la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros» (13, I).

El «*provee a su ejecución*» es evidente que hay que unirlo con el artículo 10, 6, de 1957 (proposición al Jefe del Estado de Reglamentos para la ejecución de Leyes). En todo lo que no sea «*proveer a su ejecución*» no debe intervenir.

Sin embargo, todo poder reglamentario al nivel del Consejo de Mi-

nistros, si exige la forma de Decreto (vid. *infra*), intervendrá el Jefe del Estado, por ser el Decreto la manifestación típica de su poder de mando.

La Ley Orgánica sigue en relación Jefe del Estado-poder-reglamentario, *el modelo francés de 1875* (art. 3.º) y de 1946 —proyecto— (78-102) y 1958 (claramente éste) (arts. 13-21), y *el italiano* de 1947 (87), que hace intervenir al Presidente de República y al primer Ministro en el proceso reglamentario, pero no al de 1946 —promulgada— (36-47), que descartaba al Presidente de República, encargado sólo de promulgar Leyes.

Las otras atribuciones del artículo 6.º, que se han entresacado, dan lugar a serios problemas que desbordarían este trabajo: relación con Ley de Orden Público (art. 3.º: «El Gobierno velará por la conservación del orden público...»), etc.

El sistema jurídico español no atribuye todo el poder reglamentario al Consejo de Ministros, sino que a este órgano le atribuye una *competencia expresa*, pasando todo el resto a los Ministerios correspondientes, que, por tanto, tienen *poder originario* «en las materias propias de su *Departamento*», como se verá. Sería incorrecto deducir del artículo 13, 2.º, de la Ley Orgánica la absorción de todo el poder reglamentario por parte del Consejo de Ministros. Dicho precepto es una afirmación general constitucional a favor del poder normativo de la Administración, que a su vez está ya articulado y dividido en las Leyes de 1938, 1957 y 1958.

Prueba de ello es que tanto las Leyes anteriores a la Ley Orgánica (por ejemplo, la Ley General Tributaria, arts. 6.º y 7.º) o las posteriores (Ley de Contrafuero, art. 2.º) siguen hablando de la potestad reglamentaria de los Ministros. El hacer jugar la atribución del artículo 13, II, de la LOE contra el artículo 14, 3, de la LRJ de 1957, llevaría a una disquisición tan estéril como el querer enfrentar el artículo 6.º, «Jefe del Estado ejerce el poder supremo político y *administrativo*» y el 13, II (potestad reglamentaria del Gobierno). Aquí hay que tener una comprensión institucional del problema. Además, políticamente ésta es la única solución acertada: si el Ministro careciese de poder reglamentario autónomo, y tuviese que buscar su «legitimidad» constantemente en Leyes, o delegaciones o autorizaciones del Consejo de Ministros, su *responsabilidad* quedaría difuminada.

Otro sería el caso, si tal como ocurre en la Constitución francesa de 1958, el primer Ministro (o Presidente de Gobierno en España) recibe él solo el poder reglamentario, salvo la disposición constitucional:

Artículo 21 de 1958: el primer Ministro... ejerce el poder reglamentario a excepción del mandato del artículo 13, «el Presidente de

la República firma las Ordenanzas y los Decretos deliberados en Consejo de Ministros» (62).

El artículo 14 de la LRJ, en especial el número 4 y el artículo 13 de la LRJ no permite en absoluto deducir nada semejante. En Francia el juego está entre el Presidente de la República —Consejo de Ministros y primer Ministro—; en España entre el Jefe del Estado —Consejo de Ministros— y los Ministros.

La competencia de poder normativo del Consejo de Ministros, sin tener en cuenta la *legislación excepcional* del artículo 13 de 1942 (Decreto-Ley), como tampoco el caso de poder *normativo por autorización-delegación de Cortes* de los artículos 41 y 51 de la Ley Orgánica, ni el *supuesto* de 1938, 2.º (Leyes y Decreto por Jefe del Estado y Consejo de Ministros), es:

- 1) «Reglamentos ejecutivos de Leyes» (art. 10, 6.º) de 1957 (Consejo de Ministros propone al Jefe del Estado, previo dictamen del Consejo de Estado).
- 2) *Disposiciones generales no comprendidas en artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes*, cuando así lo exija alguna disposición legal (art. 24, 1.ª, de 1957).
- 3) Aquellos asuntos que por «su importancia y repercusión en la vida nacional, exijan el conocimiento y dictamen de todos los miembros del Gobierno» (art. 10, 17.º de 1957).
- 4) Adoptar medidas de importancia según situación económica, sin perjuicio de su competencia de las Cortes (núm. 14).

Este parece ser el poder normativo originario en virtud de una competencia propia que tiene el Consejo de Ministros, junto a lo cual tiene, claro está, un amplio campo de competencias (enumeración, art. 10 de 1957).

Todo lo que no sea esto —y aquí está el sentido de la distribución del poder normativo en el Derecho español— es competencia de *los Ministros*. El Consejo de Ministros no tiene un poder normativo residual y absorbente (todo lo que no es Ley, es competente el Consejo de Mi-

(62) Pero pese a esa declaración constitucional en favor del primer Ministro, en la manifestación más importante o clásica del poder reglamentario, los Reg. l'Administration Publique, interviene el Consejo de Ministros, vid. Apéndice.

nistros), sino que las materias o asuntos de los que conocen le tienen que corresponder por «precepto legal o reglamentario» o en virtud de su «importancia» (art. 11, 4.º, de 1957).

Los Ministros también tienen legalmente *poder reglamentario* originario (Así Ley 1938, art. 17, 3.º, y 1957, art. 25, 1.º, art. 14, 3.º). Y *originaria*, se debe de entender en el sentido de *autónomo*, no delegada u otorgada. Bien es cierto que se podría matizar —aunque sin consecuencias prácticas— y hablar de *potestad originaria constitucional* (Consejo de Ministros) y *potestad originaria legal* (Ministros). Y a esta comprensión sólo se puede llegar si rechazando un falso formalismo, se concede a la Ley de Régimen Jurídico un *carácter diferente* —básico, dijo PÉREZ SERRANO— al de una *Ley normal*. Por otra parte, la voluntad jurídico-constitucional de centrar y realzar el liderazgo político-administrativo del Jefe del Estado y del Consejo de Ministros queda a salvo: en *tiempos normales* por la «cláusula de absorción» del artículo 10, número 17, que ha sido bien llamada en su totalidad «cláusula general», y en *tiempos excepcionales* por las «medidas excepcionales» [LOE, 10, a)] y Decretos-Leyes (Ley de Cortes, 13), así como por la Ley de Orden Público (capítulos III y IV), que *tampoco es una Ley normal y corriente*.

Las disposiciones generales de «autoridades y órganos inferiores» (artículo 23, 2.º), como por ejemplo Direcciones Generales, se designan como «circulares e instrucciones».

De acuerdo con la Ley, dichas autoridades y órganos no tienen poder reglamentario originario, sino que dependen enteramente del Ministro, al único al que la Ley concede tal poder: Ley de 1957 (art. 14, 3.º).

¿Y esto qué quiere decir? Pues que la encendida polémica sobre los artículos 23, 2.º, 22, 3.º, d), y 14, 3.º, sobre si las autoridades y órganos inferiores al Ministro tienen potestad reglamentaria o no, al poder emitir disposiciones generales, justamente las circulares o instrucciones, pero estar concentrada en el Ministro la potestad reglamentaria, que no puede delegar aquellos asuntos que den lugar a la adopción de disposiciones generales, *no se plantea en la Ley de Régimen Jurídico a un nivel teórico*. Las circulares, manifestación también de la dirección jerárquica (LPA, art. 7.º), son disposiciones generales, jurídicas, claro está, pero con un ámbito establecido en la Ley: art. 15, 4.º, y 16, 4.º, y 18, dejan claro que estas autoridades inferiores (Subsecretarios y Directores Generales) emitan disposiciones para «cuanto concierne al régimen interno», *pero nada más*. Esta es la voluntad de la Ley de Régimen Jurídico. El *poder normativo* gubernamental-administrativo tiene tres manifestacio-

nes: *Decreto, Orden y Circular*, con sus ámbitos correspondientes (Consejo de Ministros, Ministro y regímenes interiores).

Esta voluntad de la Ley de Régimen Jurídico no excluye —pero puede ser o no acertado político-jurídicamente— que por otra Ley se otorgue a una entidad inferior, un poder superior al de regular el «régimen interior» (ejemplo, Comisaría de Abastecimientos, Ley de 1941). Por otra parte, lo que es «interior» y no es «interior» puede ser problemático (63).

El poder reglamentario en el sistema español se divide entre Consejo de Ministros y los Ministros (Ley Orgánica, 13, II; 1938, 2.º y 3.º; 1957, 14, 3.º) (64).

Y tras todo lo dicho no hace falta decir que el poder normativo del Consejo de Ministros se refiere a *materias importantes, y de mayor trascendencia*, mientras que el poder del Ministro abarca un *ámbito más sectorial*. El pretender que el Consejo de Ministros sólo es competente sobre «reglamentos ejecutivos» sería moverse a un nivel tan formal y alejado de la realidad, que difícilmente puede aceptarse, muchos «Reglamentos no ejecutivos» son bastante más importantes que los «ejecutivos». Sería un resultado en contradicción con la exposición que se ha hecho del ámbito del poder normativo del Consejo de Ministros y Ministros, basada en una concepción «institucional» y material de estas instituciones.

La Administración se mueve impulsada libremente por los dos polos que detentan potestad normativa: Consejo de Ministros y Ministerios, bajo dos *límites fundamentales* de rango constitucional.

I. *La primacía de la Ley:*

Artículo 41, I: «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes...»

(63) El haberse planteado en Alemania lo arbitrario de esta distinción es la razón de la seria revisión doctrinal a la tradicional distinción entre Reglamentos jurídicos y administrativos, unido al complejo de las “relaciones especiales de sujeción”. Un caso típico de Dirección General con poderes normativos bien superiores al ámbito “inferior” es la Dirección General de Ordenación del Trabajo, que en base a la Ley de 24 de abril de 1958 emite bajo la fórmula “Resolución” (en contra Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, IV, 1) verdaderas disposiciones para “afuera”: normas de obligado cumplimiento.

(64) Con el fin de no complicar la exposición y resaltar los principios fundamentales, se ha dejado de un lado a las Comisiones delegadas de Gobierno (art. 11 de 1957) y la Presidencia del Gobierno (art. 13 de la Ley de 1957), y las Ordenes acordadas en Consejo de Ministros, que no alteran el resultado del análisis.

II. *La reserva de la Ley:*

Artículo 41, I, frase 2.^a: «La Administración no podrá... *regular*, salvo autorización expresa de la Ley, *aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes*», y el artículo 52 establece la misma prohibición para el Gobierno, «que no podrá dictar disposiciones que, de acuerdo con los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes, deban *revestir forma de Ley*».

Ambos principios constituyen la *legalidad de la Administración*, radicalmente diferente a la de 1931; la Administración no puede —en frase de PÉREZ-SERRANO— «rebasar el orden jurídico legislativamente establecido». Y lo que se establece en 1967 era ya principio vigente en el Derecho español (1957, art. 26).

La LOE no se limita a fijar la «primacía» y la «reserva de Ley», sino que monta unos *controles* para que dichos principios se cumplan:

A) Se trata del recurso de contrafuero (arts. 59 y sigs.). Así, en el 60, *b*), se establece que podrán promover recurso de contrafuero:

«La Comisión Permanente de las Cortes en las disposiciones de carácter general del Gobierno, mediante acuerdo adoptando por la mayoría de dos tercios de sus componentes».

Es muy de suponer que una disposición general del Gobierno, que quisiese regular materias de exclusiva competencia de las Cortes, corriese peligro de verse enfrentada a un recurso de contrafuero (artículo 2.º de la Ley regulando el recurso de contrafuero de 1968).

B) Otro *control*, esta vez para que las Cortes (o sus Comisiones) respeten su propia competencia, es el artículo 12, II, de la Ley Constitutiva de Cortes de 1942.

Tanto por propia iniciativa del Presidente de las Cortes, como a petición del Gobierno, una Comisión —fijada por el artículo 12, I, de la Ley de Cortes— podrá ser requerida para emitir dictamen:

«Si alguna Comisión de las Cortes plantease, con ocasión del estudio de un proyecto, proposición de Ley o moción independiente, alguna cuestión que no fuese de la competencia de las Cortes...» «En caso de que el dictamen estimara no ser la cuestión

de competencia de las Cortes, el asunto será retirado del orden del día, de la Comisión».

Así que *arma para el Gobierno* (art. 12, II, de Ley de Cortes) y *arma para las Cortes* (su Comisión Permanente) [art. 60, b), de LOE], el recurso de contrafuero.

C) *Análisis final y crítica.*

Tras esta exposición del poder normativo en el Derecho vigente, es necesario repasar, aunque sea someramente, algunos principios y cuestiones.

1) En las últimas décadas, el Derecho público europeo había articulado el *principio de legalidad*: la Administración no podía *violar las Leyes del Parlamento*, y esto era consecuencia de haber establecido dos órganos fundamentales en el proceso político: un órgano democrático y representativo, encargado de emitir Leyes, y otro de ejecutarlas. Este principio tan claro y tan sencillo ha sido sucesivamente oscurecido por la doctrina: a) afirmando que la Administración —ejecutivo— (dejemos de lado la acción política «pura»: elección, disolución Parlamento, etc.), sólo *podría actuar en base a una Ley del Parlamento*, es decir, se llegó así a afirmar una *reserva total* del Parlamento.

El origen de esta fatal concepción del orden jurídico y político, que quiere exigir una *base legal* (Ley-Parlamento) a toda actuación administrativa, se debe a una *inaceptable metamorfosis* de un principio teórico-jurídico, como fue la comprensión del orden jurídico por la escuela de Kelsen: una norma o actuación supone otra norma superior, en un principio político: base legal-parlamentaria para cualquier actuación administrativa. Esta metamorfosis —otras veces producto de un mal entendido «sentido democrático»— se ha producido de forma paradigmática en parte de la doctrina alemana y española de los últimos años.

b) El segundo punto que ha oscurecido el «principio de legalidad», con su clara resonancia política y jurídica, ha sido la afirmación que la vinculación de la Administración a la Ley había que entenderla como vinculación no sólo a la Ley formal, se quiere decir parlamentaria, sino al *Ordenamiento jurídico*, es decir, a la Ley, al Reglamento, a la norma emitida por la propia Administración, a los principios jurisprudencia-

les. Este concepto de legalidad, cuyo origen está en HAURIUO (65). «En France la *légalité* s'entend de l'ensemble des lois et réglemens», tiene junto al mérito de vincular (y exigir) a la Administración a sus propias disposiciones cuando emite un acto concreto (LPA: art. 100, 1.º, y 30 de LRJ); sin embargo, el *gravísimo inconveniente de oscurecer todo el sentido político* —que es el primario— del *principio de la legalidad*: la Administración no puede violar las Leyes parlamentarias, que regulan determinadas materias de forma exclusiva (66).

Este nuevo concepto de legalidad, tan amplio, hace de una cuestión eminentemente política una cuestión jurídico-administrativa, de muy relativa importancia en el orden general del Estado: porque sólo *hay* un valor —relativo además— de *seguridad jurídica* y *previsibilidad* en la vinculación de la Administración a sus propias normas, mientras que la *legalidad* no apuntaba a la seguridad nada más que en un segundo término: lo que se trataba era de *regular* una materia de acuerdo con los ideales e intereses de los representados. Siendo claro que una nueva emisión de la *norma* (salvo en aquello que no fuese posible por estar determinado en la Ley) administrativa «removería el obstáculo».

Con esto se quiere decir que teórica y políticamente es necesario volver al *principio de legalidad como prohibición a la Administración de violar las Leyes*, y esto tanto por ser mucho más político institucional como por el hecho de que un principio de la legalidad en sentido total, es decir, el postulado de que la Administración sólo puede actuar por Ley habilitante *no tiene nada que ver con el Derecho vigente español*.

En España, la Administración es libre de regular y tomar decisión donde quiera y como quiera, sin tener que preocuparse en absoluto de si

(65) *Précis de Droit administratif*, 1919, págs. 74 y sigs.; no conozco la fuente donde habla al respecto de “bloqueo de legalidad”. Y frente a esta concepción estaría la realidad y doctrina alemana, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., 1923, I, página 65, “el dominio de la Ley”, es decir, el principio de legalidad se desdobra en la *primacía (Vorrang)* y en la *reserva (Vorbehalt)* de la Ley. Y la reserva de la Ley era la materia que tradicionalmente la doctrina alemana había considerado como ámbito de competencia del Parlamento: reglas sobre la libertad y propiedad de los ciudadanos. Esta concepción sigue vigente en parte de la doctrina alemana, y es impugnada por los defensores de la reserva total (vid. cap. sobre Alemania). La exposición del texto, sobre la legalidad en España, se hace, claro está, desde nuestras propias Leyes fundamentales y ordinarias. Cada vez se hace más necesario poner un freno a las indebidas recepciones.

(66) Desde la teoría del Estado (WEBER, Kelsen) los artículos 23, 28 de la LRJ, etc., tienen mucho más que ver con un “principio... básico de la organización del Estado...”, “... el principio de la unidad de la Administración pública...” (Exposición de Motivos, Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, IV, 3), que con las garantías del ciudadano; insistiendo, en cambio, en este punto de vista, GARRIDO, *Tratado...*, III, 1963, cap. I.

tiene o no poder, potestad, atribución, o lo que se quiera, por parte de la Ley o del «ordenamiento».

Lo que le está prohibido a la Administración es:

- a) Dictar disposiciones contrarias a las Leyes (y por descontado que se trata de norma en *forma de Ley*, no de normas jurídicas en general).
- b) Regular materias de exclusiva competencia de las Cortes, salvo autorización, y éste es el artículo 41 (51 y 52) de LOE, principio y fin de un bien entendido principio *político-jurídico de legalidad* en España.

Este *concepto de legalidad*, en el cual la Administración emerge como *actividad libre y creadora*, sin necesidad de base legal para su actuación, es:

- Mucho más real y concorde con la situación real de la Administración en el Estado moderno.
- Conclusión inmediata de la estructura y concepción del Gobierno y de la Administración en la LOE (art. 40): «La Administración asume... el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general».

Y, desde luego, se debe establecer una relación entre esta concepción y la obra de STAHL (67), porque «los Reglamentos no se limitan en absoluto a la ejecución de las Leyes, como dice la doctrina común. Esto es sólo un lado del Gobierno; la esencia del Gobierno propiamente dicho es, por el contrario, independiente de las Leyes, producir algo nuevo, positivo en una actividad libre, creadora...» (68).

(67) Lo contrario, GARCÍA DE ENTERRÍA, RAP, 27, págs. 77 y sigs. (tomo II, 2, pág. 57). Esta “potenciación” del Estado y del Gobierno no tiene nada que ver con la excepcional fecundidad normativa del *Boletín Oficial del Estado*, ni con unas anormales prerrogativas sancionadas, o meras “impunidades” de la Administración —mi próximo: *Derechos fundamentales, Orden público, Derecho policial*—, sino que más bien estos fenómenos son síntomas de una Administración débil. En contra de lo que podría pensarse, control y responsabilidad, sólo es posible con un Estado-Administración fuerte —o para evitar el confucionismo hegeliano— en un orden político con claro liderazgo del Gobierno frente a la “facción”, como decía el Federelist. Revelador de una parte de nuestro “Estado” y nuestra “Administración”, mi próxima *Historia del régimen local español en sus textos*.

(68) F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, 5.^a ed., edición fotomecánica, página 195, tomo II, 2, pág. 57.

No hace falta decir que estos postulados no tienen nada que ver con declarar fuera del Derecho a esta actividad creadora. Los artículos 41 de la Ley de lo Contencioso y 40 y 43 del Procedimiento administrativo impiden tal resultado. Pero, sobre todo, sería por la decidida introducción del *principio de igualdad*: «La Ley —es decir, el orden jurídico— ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencias de clases ni acepción de personas», Fuero de los Españoles, III, el camino tanto para evitar males como para impulsar a reformas.

2) *Las clases de Reglamentos* ha sido un tema tradicional: ejecutivos, autónomos, independientes, de necesidad, jurídicos, administrativos, de necesidad orgánicos, de policía, generales, etc. Todo esto tiene una relativa vigencia tras el análisis hecho del poder normativo gubernamental-administrativo:

a) El sentido del Reglamento ejecutivo es en principio claro: tiene una directa relación con esta Ley. Ahora bien, la palabra ejecución es equívoca; muchas veces se trata de desarrollo, ampliación, regulación, y no de ejecución, a no ser que se entienda este concepto en un sentido amplio. Lo que no cabe en nuestro Derecho es «reglamento administrativo» como opuesto al jurídico o al ejecutivo: a) porque muchos *Reglamentos administrativos* pueden ser ejecutivos; y b) porque, desde luego, son jurídicos. Nuestro derecho —en sus Leyes básicas LRJ y LPA— no conoce disposiciones jurídicas o no jurídicas en forma de Decreto, Ordenes y Circulares, resultando que estas últimas, creando Derecho (horas de entrada o salida), siendo jurídicas, tienen un ámbito de «régimen interior» sin afectar al ciudadano, de acuerdo con la voluntad de la LRJ (vid. antes).

En España no hay «Reglamentos de urgencia o necesidad», sino «Decretos-Leyes», artículo 13 de Ley de Cortes, y «medidas excepcionales» del Jefe del Estado [art. 10, d), de LOE].

«Potestad reglamentaria» (14, 3), «disposiciones de carácter general» [22, 3, d)], «disposiciones administrativas de carácter general» (23, 2), «procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general», hay que empezar a pensar que la expresión «disposición general» se emplea en diferente sentido. Quede aquí esto apuntado: en cuanto a la supuesta antinomia de la LRJ sobre el sentido de las Circulares, ya fue hecho lo necesario. Resulta curioso que superada la obsesión de la *generalidad* al nivel de Ley (69), las Leyes básicas de la Administración

(69) Vid. *supra* A). La sombra de la *generalidad*, como algo esencial en el concepto

tengan como columna vertebral la dicotomía *disposición y resolución, norma y acto*. Pero desgraciadamente para la Ley, el proceso jurídico no se basa en esa dicotomía, sino que es, justamente, un proceso. Donde ha sido necesario he procurado superar el formalismo de la generalidad, por un análisis de conceptos materiales e institucionales.

3) Por último, sea hecha una breve referencia a la cuestión de delegación, deslegalización, etc., para entrar con la crítica final.

El complejo de problemas sólo se puede generalizar a partir de la estructura del poder normativo expuesto a lo largo del análisis.

a) Son Leyes, tienen que revestir la «forma de Ley» unas determinadas materias (art. 10 de Ley de Cortes).

b) Estas materias se pueden ampliar por «alguna Ley posterior» o por dictamen de la Comisión en cuestión, o por decisión del Gobierno.

c) En estas materias, que tienen necesariamente forma de Ley (artículo 50, LOE), sólo podrá entrar el Gobierno por :

a') Medidas excepcionales, 10 de Ley de Cortes, d).

b') Decreto-Ley, 13 de Ley de Cortes.

c') Autorizaciones expresas de las Cortes.

La LOE no habla de *delegación*, sino de *autorización*, habiendo sustituido esta palabra a aquélla, en la redacción del artículo 51 de la LOE, en relación con el artículo 10, 4, de la LRJ. La autorización de las Cortes se refiere, naturalmente, a su propia materia. Para lo que no es su materia de competencia, no cabe por definición, *autorización*, ya que aquí surgiría obligado constitucionalmente el poder normativo gubernamental. Este es, pues, el supuesto de *delegación* en el Derecho positivo español vigente, y que debe separarse estrictamente del segundo caso, de los *Decretos-Leyes* por urgencia. Estos dos supuestos deben mantenerse separados, aunque se ha pretendido unirlos bajo una categoría «Decretos con valor legislativo», «disposiciones del poder ejecutivo con fuerza de Ley».

Ambos supuestos: *urgencia y delegación* fueron regulados con detalle por la Constitución de 1931, artículo 42 («en realidad más bien medidas de excepción por peligro de seguridad»), y 61 (autorización al Gobierno para que legisle por Decreto sobre materias reservadas al poder legislativo; autorización no general, estrecho respeto a las bases fijadas por el Congreso, control *a posteriori*), y por el Anteproyecto de PRIMO

de Ley, aparece en el artículo 8.º del Fuero de los Españoles: "... Leyes, y siempre con carácter general..." pero aquí parece hacer referencia más bien a la idea de igualdad.

DE RIVERA, artículo 53, 1.º y 2.º, urgencia, y 64 (prohibición de delegación permanente, autorizaciones concretas).

Así, pues, la delegación legislativa en el Derecho español sólo juega para aquellas materias determinadas como «reserva de Ley», mientras que en 1931, por ser esa materia indeterminada, la delegación tenía que jugar jurídico-constitucionalmente un papel más importante.

Hay además otro punto: entre esas materias reservadas, las Cortes no tienen un derecho de regulación exclusivo, sino que frecuentemente se establece su competencia para fijar tan sólo las «bases» de la correspondiente materia. Por ello, si las Cortes emiten una «Ley de bases de régimen local» [la Ley de Cortes, 10, h)] y autoriza o delega en el Gobierno la ulterior regulación, *aquí no se produce un caso de «delegación», sino que las Cortes han ido donde tienen que ir, y no entregan nada que les pertenezca* (70).

Sin embargo, parte de la doctrina considera a las Leyes de base y a las refundiciones legales uno de los ejemplos típicos de «legislación delegada», y esto se debe a que el resultado jurídico de esta «autorización» sea una Ley y no un Reglamento, con toda la consiguiente trascendencia para impugnación, etc.

El artículo 51 de LOE ve el problema desde la posibilidad del Gobierno de «dictar disposiciones con fuerza de Ley» (modifica Ley existente, creación de otra), mientras que los artículos 41 y 52 se refiere al mismo supuesto, pero:

- I. El sujeto es el Gobierno de la Administración (así, pues, un Ministro).
- II. Aquí no se trata de que el resultado de la acción normativa administrativa sea una Ley, «fuerza de Ley», que se refiere a «regular», es decir, que la autorización es necesaria porque un

(70) Este es un resultado lógico del análisis anterior, *supra*, A); en consecuencia: nada se opone a que el Gobierno modifique por Decreto una Ley emitida en virtud de una Ley de bases, siempre y cuando no afecte a las bases (vid. Disposiciones finales, 4.ª Ley de Régimen Local de 1955); el Gobierno se podría haber limitado a presentar sólo una Ley de Bases de Prensa e Imprenta a las Cortes, y no con texto completo, 10, f) de Ley de Cortes (aunque quizá en contra 34 de Fuero de los Españoles, vid. nota). Por otro lado, difícilmente se puede concebir que una regla fijando tajantemente un derecho de los españoles no se encuentre de alguna manera subsumida en una Ley básica conocida en el pleno de Cortes; por ello aparece tan dudosamente legal el Decreto 1.079/1968, de 31 de mayo (incompatibilidades y límite de edad Banca oficial): «siguiendo el camino (?!) marcado por la Ley...» y el Decreto 1.147/1968, de 6 de junio (edad máxima cargos de libre designación). «Establecidas por la Ley de Funcionarios...» las edades máximas, se fijarán aquí los límites por Decreto (?).

Reglamento (Administración) va a intervenir en materia de la «exclusiva competencia de las Cortes», o que «deban revestir forma de Ley».

Este supuesto, que se refiere al fenómeno de la deslegalización (otros hablan de Reglamentos delegados), elaborado por el Derecho público francés, es una *inconsecuencia con el resto del sistema*. En Francia ya no hay más «deslegalización» desde 1958, es decir, desde que se satisfizo en parte la necesidad del poder normativo de la Administración, concediéndole un ámbito propio a *ella* y otro a la *Ley*.

La lógica exige que si se ha creado un ámbito de «reserva de Ley», se respete, y si hay que regular dicho ámbito, se haga por Ley y no por Reglamento.

Cuando una Ley autoriza a regular tal o cual materia a la Administración, en un sistema de «reserva de Ley»,

- o bien dicha autorización es innecesaria, porque el Gobierno está de por sí autorizado constitucionalmente a actuar,
- o se trata de una «delegación larvada» (71).

El hecho de que esto se piense y se produzca, *hace dudar de la vigencia del sistema descrito y analizado en las páginas anteriores*, siendo la realidad más bien una *Ley* y un *poder normativo administrativo*, que no han tomado muy en serio ni su «reserva de Ley» ni su «poder normativo autónomo», dejándose más bien llevar por el «encasillado formal», con el que se encontraban o se hacían las normas, aplicando entonces la técnica del *contrarius actus*, tal como ha destacado GARCÍA DE ENTERRÍA.

La existencia de materias fundamentales reguladas por Decreto y Orden, y de otras, que no serían reserva de Ley estrictamente, por Ley, y los ejemplos son numerosos, el hecho de que bajo la «autorización» de la Ley al Gobierno se esconda un verdadero poder de decisión, que debería haber sido resuelto por la *Ley*, produciéndose una «delegación larvada», dejan el *intento de racionalizar el poder normativo* por medio de un concepto material de *Ley* y otro de *Reglamento* (poder normativo administrativo) a medio camino, cuando no inédito.

(71 Si bien la *delegación* y el *Decreto-Ley* siguen manteniendo la competencia de la Ley (Cortes) para el futuro, la *autorización* significa la pérdida de todo control parlamentario, con el consiguiente peligro, cuando dicha *autorización* supone el abandono de una regulación *básica e importante*. La mayor parte del poder normativo actual se produce a través de esta técnica (vid a continuación).

Hay diversas razones técnicas:

- 1) La reserva de Ley no es totalmente fiel con el concepto de Ley de 1938, ya que abarca fundamentalmente *Ley de bases*, y debería alcanzar verdaderas *normas* aplicables. Notable, artículo 63, número 22, del Presupuesto de 1929.

Una comparación entre los artículos de la Constitución de 1812 (artículo 131, con 26 números, de los cuales habría que descontar los siete primeros, y que por otra parte no es una verdadera reserva de Ley, ya que esta Constitución carecía de un concepto estricto de materia de Ley), y el artículo 63, del Proyecto de PRIMO DE RIVERA, con 22 (descontar también los siete primeros: ratificación de tratado, fuerzas extranjeras, etc.) números taxativos y determinados, lleva a concluir que los puntos se cubren casi totalmente. Pero el artículo 10 de la Ley de Cortes no se asemeja en nada a sus predecesores: la idea de *Leyes de bases* domina el artículo.

- 2) Faltan *controles*, bien conocidos del constitucionalismo occidental, sobre la legislación excepcional de los Decretos-Leyes (que perdió el control de las Cortes en la modificación de 1946), y sobre la *legislación delegada* o de textos refundidos, que deberían ser ratificados por las Cortes, muy apropiado para una reserva de Ley de Bases sería: artículo 61 de 1931; algo semejante se suprimió para el Decreto-Ley en 1946.
- 3) Se produce el fenómeno sorprendente de Decretos-Leyes autorizando, mejor, delegando en el Gobierno facultad normativa: un verdadero absurdo constitucional, que desvirtúa por completo el sentido del Decreto-Ley.
- 4) La técnica de la delegación normal presenta sólo el control de la «autorización expresa» (quizá dictamen del Consejo de Estado), cuando el constitucionalismo occidental ha desarrollado los criterios de tiempo, ámbito, extensión, fin, etc. (vid. precedente constituciones españoles, anteriormente citados).
- 5) Las *Leyes autorizan* con tal generosidad al Gobierno, que hasta se viola el espíritu, si no la letra, de una «reserva de Ley» tan amplia como la vigente. Viene a la mente la frase feliz de VILLAR PALASÍ, *el apoderamiento de la Administración es exorbitante*.

- 6) Por todo ello, materias importantes son resueltas por Orden ministerial, cuando deberían haberlo sido por Decreto, y éste regula verdadera «reserva de Ley».

El autor de estas líneas, poco inclinado al saber cuantitativo de las estadísticas, se decidió por primera, y quizá última vez, a utilizar dicho sistema, para mostrar lo que ya estaba en el aire: España es el país proporcionalmente, cuando no absolutamente, que emite *menos* Leyes, y más *Decretos* (vid. apéndices) (72).

Pero una relación de las razones técnicas tiene que ver en segundo lugar con la cuestión. En el poder normativo se estudian las fuentes, sus conceptos, la jerarquía, etc., es decir, una parte primaria del Derecho público, y del Derecho administrativo.

Y no se descubre nada cuando se dice con FORSTHOFF (73) que «los supuestos decisivos para el desarrollo de una *ciencia del Derecho administrativo* se crearon con el Estado burgués de Derecho» y el equívoco o vaguedad del concepto no es posible, porque el Estado de Derecho significa «la separación de poderes y el sistema de libertades individuales garantizadas por la Constitución». Y sólo esto da sentido a un «nuevo principio»: la legalidad de la Administración (74).

RESULTADOS

A) 1. *En España existe una definición legal del concepto de Ley, que no ha sido debidamente resaltada, y que informa todo el orden normativo de las Leyes Fundamentales vigentes, siendo difícil de entender su abandono como medio de comprensión e interpretación del orden jurídico vigente.*

(72) Aun en el caso de que se hubiesen respetado estrictamente los supuestos (LOE, 41 y 51) de *delegación y autorización*, y que por tanto el poder normativo gubernamental (Decreto y Orden) tuviese en todos los casos una impecable base legal, cabe preguntarse si la situación está de acuerdo con la lógica teórica de las Leyes fundamentales. La respuesta no puede ser hecha a partir de interpretaciones "a lo" Código civil o Reglamento (LORWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, págs. 475 y sigs.). Habría que tener en cuenta la estructura constitucional, y comprobar hasta qué punto la situación actual no ha vaciado de sentido el artículo 1.º de la Ley de Cortes.

(73) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., 1966, pág. 41, 31, *passim*.

(74) Desarrollo estos supuestos en mi trabajo inédito *El Estado de Derecho. Origen e historia de un concepto*.

2. *Es Ley, tiene que tener forma de Ley, en España de acuerdo con la Ley de 30 de enero de 1938, artículo 17, «las disposiciones y resoluciones» cuando «afecten a la estructura orgánica del Estado» o «constituyen las normas principales del Ordenamiento jurídico del país».*

3. *Este concepto de Ley, como norma «principal» y «estructural» informa la relación de materias en las que deberá obligatoriamente conocer las Cortes en Pleno: artículo 10, Ley de Cortes (dejando de lado las Leyes de 1938 y 1939).*

4. *En España no tiene sentido la distinción de Ley formal y Ley material, según la cual, la Ley era una forma susceptible de múltiples contenidos, como decía LABAND.*

5. *En el Derecho español vigente, la Ley, la forma de Ley está reservada a determinadas disposiciones, estructurales o principales; forma y materia quieren cubrirse fundamentalmente.*

6. *Por ello, el orden constitucional español distingue, como lo hacían las primitivas constituciones, entre Leyes y actos (acuerdos o autorizaciones) de Cortes, que pueden tener forma de Ley (art. 9.º de LOE y 10 de Ley de Cortes).*

7. *Desde luego se pueden dar Leyes, o disposiciones con fuerza de Ley, que no tengan este «carácter de Ley», a través del artículo 10, m), y 12, I, de Ley de Cortes.*

8. *La importancia de destacar esta «reserva de Ley», tal como se desprende de 1938, artículo 17, y artículo 10 de Ley de Cortes tiene el interés de perfilar un criterio material al que se pueden acoger las Cortes (Comisiones) y Comisión especial del artículo 12, I, tanto para decidir si una disposición debe revestir «forma de Ley» (12, I), como para saber si «alguna Comisión» plantea «alguna cuestión que no fuese de la competencia de las Cortes...» (12, II), o si se ha habido «contrafuero» en una disposición general del Gobierno (art. 60 de LOE). Se trata de hacer jugar un elemento material, indiscutible constitucionalmente.*

9. *Junto a esta competencia legislativa normativa, las Cortes (Pleno) tiene naturalmente otras funciones de especial relevancia política, que realizan obligatoriamente (LOE, 9.º).*

10. *En el Fuero de los Españoles (y en otras Leyes Fundamentales) el sentido de pedir regulación «por medio de las Leyes», etc., aparece ambiguo. Salvo artículo 9.º, 2.º, y 16, no parece ser exigido una «Ley votada en Cortes».*

11. *Las referencias en el Fuero de los Españoles deberán entenderse en el sentido de que las Cortes conocerán «las Leyes básicas de los dere-*

chos y deberes de los españoles» [apartado f) de 10 de Ley de Cortes]. Posible argumento en contra: artículo 34 del Fuero de los Españoles.

12. Fundamentalmente, la «reserva de Ley» del artículo 10 (hasta seis veces aparece la palabra bases) apunta a un hecho: las Cortes en Pleno conocerán los principios generales, estructurales, pero sólo éstos, no concerniéndoles tanto el detalle o la regulación posterior, de las enumeradas materias.

13. Naturalmente (núm. 7.º), que las Cortes (Pleno y Comisiones) pueden sobrepasar esa «reserva de Ley», pero esto no por su propio poder o competencia, sino porque el «Gobierno... decida someter al Pleno de las Cortes» la correspondiente norma-Ley [10, m)], o por exigencia de «Ley posterior a la presente», o por «dictamen» de la Comisión especial (12, 1), ampliación de competencia, pues, por gracia gubernamental.

14. La «reserva de Ley» dogmático jurídicamente, como ámbito de necesaria competencia de las Cortes frente a una posible acción del Gobierno, es el artículo 10 de Ley de Cortes, las menciones del Fuero de los Españoles, y el «concepto de Ley» como norma principal y estructural que fijó la Ley de 1938 y anima los textos constitucionales.

15. El rasgo fundamental del sistema constitucional español es la asignación de un campo limitado a la Ley, atribuyendo el resto del poder normativo al Gobierno o Administración en sentido amplio, que sí podrá a su vez ampliar dicha «reserva de Ley» por medio del Pleno o de las Comisiones.

16. En un matiz posterior, el poder normativo gubernamental se manifiesta materialmente: en poder normativo «articulador» (Ley de Bases), ejecutivo (Reglamento a la Ley articulada) y autónomo (no hay Ley de Cortes, provisionalmente o definitivamente, ej.: regulaciones de determinados servicios públicos, defensa nacional, etc.).

17. No cabe en España la vieja dicotomía función legislativa y ejecutivo, sino: a) función normativa principal, Cortes, y b) función normativa secundaria, potestad reglamentaria autónoma y ejecutiva, orden que supone una radical diferencia con el sistema jurídico constitucional occidental.

18. La distribución del poder normativo, actualmente en España, con sus categorías «reserva de Ley» y «potestad reglamentaria», recuerda el orden constitucional de la Monarquía alemana del 19. Diferencia: reserva de Ley en España —abarca realmente todo el orden jurídico, en sus principios básicos; reserva legal alemana— sólo parte del orden jurídico: libertad y propiedad de los ciudadanos, pero reglas generales aplicables.

La razón de esta diferencia: el triunfo del principio democrático, con el consiguiente abandono de ámbitos de poder «propios» e-intocables del Estado-gobierno, típica concepción del enfrentamiento Estado sociedad (capítulos V y sigs.; vid resultados generales como apéndice a este trabajo).

19. *El poder normativo gubernamental (autónomo y ejecutivo) se plasma en categorías familiares: Decretos, Ordenes, instrucciones y Circulares, pero bajo esa aparente similitud existe un cambio radical entre la concepción Ley-Reglamento de 1812-1931 y 1938-1967.*

B) 1. *Tras un detenido análisis de los textos constitucionales de 1812 (1836), 1837, 1845, 1856, 1869, 1873, 1876, hay que concluir que el poder reglamentario atribuido al Rey-Gobierno en las Constituciones españolas está absolutamente condicionado a la «ejecución de las Leyes», y que el poder legislativo —a falta de prueba en contrario— tiene una competencia ilimitada.*

2. *En absoluto se puede deducir de la «cláusula de orden público» (1812, art. 170; 1876, art. 50) un poder normativo autónomo y originario, sino a lo sumo suplente temporalmente del poder legislativo ordinario.*

3. *La práctica normativo —análisis de Colecciones legislativas— es muy rica, en especial para las Cortes extraordinarias es digna de ser estudiada a fondo, pero no invalida el resultado dogmático constitucional: la existencia de hecho de Reglamentos «autónomos» de la Administración no tiene nada que ver con un ámbito constitucional propio de la Administración, que no fuese otro que el de ejecutar las Leyes.*

4. *El modelo del orden normativo del constitucionalismo español de 1812-1876 fue el Estado legislativo —tipo ideal—, es decir, un poder legislativo que emitía normas, y un ejecutivo que las ejecuta, no habiendo lugar para la idea de gobierno.*

5. *Las únicas excepciones —dejando de lado la Constitución de Bayona y el Estado Real, de muy diferente cuño— al mencionado modelo son los Proyectos de Bravo Murillo (1852) y el Anteproyecto constitucional de Primo de Rivera (1929), documentos en los que se destaca un poder reglamentario autónomo, suponiendo la obra constitucional de Primo de Rivera el más alto grado de refinamiento técnico sobre el poder normativo en la historia del Derecho público español.*

6. *El punto final del modelo tradicional del Estado legislativo se encuentra en la Constitución de 1931, que excluía todo Reglamento que no fuese para la «ejecución de las Leyes».*

7. *Los Proyectos de PRIMO DE RIVERA, por otro lado, son el precedente inmediato —y a veces literal— del orden normativo que se instaura en 1938-1942, y sobre todo 1967.*

8. *La jurisprudencia del Supremo al definir a veces la potestad reglamentaria como función política o de gobierno no era muy respetuoso con la concepción constitucional del Reglamento: instrumento tan sólo para ejecutar las Leyes (siendo éstas la verdadera función política), pero mostró con ello cierta sensibilidad, coincidiendo con la gran teoría del Estado de L. VON STEIN.*

9. *El análisis detallado de la doctrina (POSADA HERRERA, COLMEIRO, SANTAMARÍA, Enciclopedia Jurídica, POSADA), muestra que en líneas generales se rechazó toda posible potestad reglamentaria praeter legem, considerando a veces dicha potestad reglamentaria ejecutiva como delegaciones legislativas (!).*

10. *Lo más importante doctrinalmente es la recepción de la clasificación de los Reglamentos de L. VON STEIN, que al admitir como legales los Reglamentos praeter legem, carecía de toda base constitucional (GARCÍA LABELLA, ROYO-VILLANOVA, GASCÓN Y MARÍN), tanto bajo 1876 como 1931.*

C) 1. *El fundamento constitucional explícito del poder normativo gubernamental es el artículo 13, 2.º de la LOE, pero antes de dicho texto fundamental, la base de la potestad reglamentaria era evidente: el artículo 12 de Ley de Cortes dejaba claro que las «disposiciones no comprendidas en el artículo 10» serían conocidas por las Cortes (Comisiones) por «Ley posterior» o por «dictamen» de la Comisión especial fijada en dicho artículo. El Pleno podría conocer otras Leyes, sólo por decisión del Gobierno [10, m)].*

2. *El artículo 13, II, de la LOE y el 90 de 1931, que se parecen en su formulación son, sin embargo, radicalmente diferentes: el concepto material de Ley de 1938-1942 hace que la potestad reglamentaria en 1931 se ejerciera sólo para ejecutar las Leyes, cuyo ámbito era ilimitado e indefinido, mientras que la potestad reglamentaria en 1967 es para ejecutar las Leyes y para todo aquel ámbito que la Ley deje obligatoriamente libre.*

3. *El artículo 40 de LOE es el motor ideológico de la nueva potestad reglamentaria (mejor: poder normativo gubernamental), bien lejos de la mera ejecución de Leyes.*

4. *La potestad reglamentaria se manifiesta a dos niveles: Consejo*

de Ministros: Decreto 1.938, artículo 17, 2.º, y 1.957, LRJ, artículo 24; Ministro: Orden, LRJ, 1957, artículo 25, 1.º

5. *El Jefe del Estado (LOE, 6 y 13, 1) participa en el proceso jurídico reglamentario (Decreto).*

6. *Por el artículo 13, 2.º, LOE, el Consejo de Ministros no ha absorbido toda la potestad reglamentaria, sino que el Ministro sigue teniendo poder normativo originario. 13, 2.º, LOE, es una afirmación general que debe ser completada con LRJ y LPA. Es por ello correcto (aunque puede dar lugar a equívoco) que las Leyes sigan hablando de potestad reglamentaria de los Ministros (ejemplo, Ley de Contratación).*

7. *A diferencia de Francia (1958), el proceso normativo gubernamental no es Presidente de la República-Consejo de Ministros y primer Ministro, sino entre Jefe del Estado-Consejo de Ministros y Ministro. Esta es además la solución política (realce de responsabilidad ministerial) más acertada.*

8. *El Consejo de Ministros no tiene un poder normativo residual y absorbente, sino que las materias o asuntos de los que conoce le tienen que corresponder por «precepto legal o reglamentario» o en virtud de su «importancia» (art. 11, 4.º, de LRJ, 1957): análisis de LRJ, artículos 10, 24, y los Ministros tienen también poder normativo autónomo (1938, art. 17, 3.º, y 1957, art. 25, 1.º, art. 14, 3.º), no así las autoridades inferiores. El liderazgo del Jefe del Estado y del Consejo de Ministros queda a salvo por cláusula general (LRJ, 10, 17) y medidas excepcionales.*

9. *La polémica sobre las circulares e instrucciones se debe resolver afirmando que son disposiciones generales y jurídicas, pero con un ámbito establecido: artículo 15, 2.º, y artículo 16, 4.º, y artículo 18 de LRJ: cuanto concierne al «régimen interno». Decreto, Orden y Circular, son manifestaciones del poder normativo del Gobierno-Administración, con propio ámbito cada una de ellas, lo cual no excluye que una Ley concreta no respete la voluntad de la LRJ.*

10. *La distribución del poder reglamentario en España entre el Consejo de Ministros y los Ministros se refiere a la mayor importancia de la materia que conoce el primero, y el carácter más sectorial de la competencia del segundo, y no al simple vacío formalismo de establecer la competencia del Consejo de Ministros sólo para «Reglamentos ejecutivos» (LRJ, 10, 5.º).*

11. *La potestad normativa secundaria con sus dos polos: Consejo de Ministros y Ministros, se mueve libremente bajo los límites que impone el artículo 41, 1, frase 1.ª: primacía de la Ley, y 41, 1, frase 2.ª*

(en relación con 52) de la LOE: reserva de Ley, constituyendo ambas el vigente principio de legalidad, radicalmente diferente al de 1931.

12. Y todavía más: la LOE no sólo ha constitucionalizado el principio de legalidad: primacía y reserva de Ley, sino que ha creado unos controles políticos con el fin de que las Cortes (a través de su Comisión Permanente) puede cerrar el paso al Gobierno cuando éste regulase alguna materia de la exclusiva competencia de aquéllas: artículos 59 y sigs., recurso de contrafuero, así como otorgando al Gobierno la posibilidad de exigir que las Cortes (Comisiones) dejen de ocuparse de «alguna cuestión que no fuese de su competencia», artículo 12, II, de la Ley de Cortes. Esto realza y finaliza el análisis del concepto de Ley, reserva de Ley en el constitucionalismo español vigente (vid. supra A).

D) 1. En España el principio de legalidad no quiere decir que la Administración necesite base legal (o similares expresiones) para actuar (concepción kelseniana, exclusivamente teórica, desvirtuada políticamente con posterioridad), ni que la Administración esté sometida a las Leyes y a sus propios Reglamentos (versión francesa), ni que la Administración necesite base legal para intervenir en la libertad y propiedad de los ciudadanos (versión alemana), sino que la Administración no puede dictar disposiciones contrarias a las Leyes (se entiende, de Cortes), ni regular materias de exclusiva competencia de las Cortes, o que deban revestir forma de Ley.

2. Este concepto de legalidad según el cual la Administración emerge como una función libre y creadora es mucho más real con la Administración del Estado moderno, y es el único válido y acorde con la definición de Administración en el derecho positivo: art. 40 LOE.

3. Pero un análisis más detenido obliga a reflexionar sobre el hecho de que el sistema español admite la «autorización» o «deslegación», verdadera incoherencia en un régimen de auténtica «reserva de Ley», lo cual o se ejerce o se delega (art. 51), pero no se deslegaliza, a no ser que se produzca una «delegación larvada».

4. La realidad del sistema español es más bien una Ley y un poder normativo gubernamental-administrativo que no han tomado muy en serio ni su reserva de Ley ni su poder reglamentario autónomo, dejándose llevar más bien por el encasillado formal de las fuentes jurídicas.

5. Las razones para el fracaso de un notable intento de racionalizar el poder normativo no son tanto de tipo técnico (menguada reserva de Ley, ausencia de controles en Decretos-Ley, en delegaciones, etc.) como de tipo político: la distribución del poder, el proceso político abierto

y el celo de los diferentes participantes, son la base de la moderna teoría de las fuentes del Derecho, y de la legalidad de la Administración en el Estado moderno.

6. Por ello, y como hipótesis, cabría preguntarse hasta qué punto el juego de las diferentes manifestaciones jurídicas en el orden normativo actual no presenta los mismos rasgos de supuesto rigor formal —que en realidad oculta una profunda incoherencia y falta de contenido sustancial—, tal como pasaba en la Monarquía absoluta, con su penosa y estéril clasificación pragmáticas, provisión, células, etc.

APENDICE

Resultados generales de la tesis *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*.

I

1. Ley y Reglamento expresan la manifestación fundamental del *poder normativo del Estado*.
2. Ley es la manifestación primaria del poder normativo del «legislativo» y Reglamento del poder normativo del ejecutivo-gobierno en el Estado moderno.
3. En la historia del pensamiento político y jurídico occidental se ha destacado siempre la Ley de las normas jurídicas secundarias. Es un hecho que todavía está sin escribir la historia del concepto o idea de «Ley» en su doble relación con la «idea del Derecho» y con las «normas secundarias».
4. La *separación de poderes* (LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, KANT) es la base de la distribución del poder normativo en el Estado occidental.
5. La doctrina europea ha dado fundamentalmente a la separación de poderes un enfoque peculiar: búsqueda y fijación de las «funciones materiales» del Estado, y esto sobre todo bajo influjo de la teoría alemana.
6. El mundo anglosajón, por su parte, ha concebido el principio de la separación de poderes más de una *manera política: Checks and balance*, que de una *manera funcional-material* (vid. II).
7. El tratamiento y concepción del poder normativo, de Ley y Reglamento en el Estado moderno, ha estado *condicionado* por determinados presupuestos ideológicos e institucionales.

8. Los *presupuestos ideológicos* han sido: fe absoluta en la *Ley y el Derecho*, en el poder de la Ley que haría desaparecer el poder de los hombres (*Government of Law, Rechtssatt*). Consecuentemente el órgano encargado de la dirección política quedaría configurado como un mero ejecutor de Leyes. La fuerza de la Ley se explica por ser expresión de la voluntad general o de la soberanía del parlamento o de la idea del derecho.
9. La formalización de la función legislativa y ejecutiva llevada a cabo por MONTESQUIEU y ROUSSEAU en contra de la comprensión institucional (Ley y prerrogativa) de LOCKE, alcanzaría máxima expresión en KANT: la separación de poderes se convierte en un silogismo, el ejecutivo en la premisa menor, en mero acto de subsunción.
10. Los *presupuestos institucionales* han sido la concepción dualista del orden político: Estado y sociedad, ejecutivo y legislativo.
11. En este orden institucional la Ley aparece como *limitadora y condicionante* del poder ejecutivo, el Parlamento (burguesía, sociedad) afirma su supremacía sobre el ejecutivo (Rey, grupos tradicionales). La base de esta relación era la desconfianza y la enemistad entre ambos «poderes».
12. Tanto los presupuestos ideológicos («*quiliasmo*» jurídico) como los institucionales (oposición-legislativo-ejecutivo) llevaban a concebir el orden del poder normativo en un centro que emite *Leyes*, *Leyes* que acaparan toda «legitimidad», y otro centro que se limita a ejecutarlas.
13. Las normas solamente podían provenir de *Leyes* y éstas eran la única fuente primaria y exclusiva del poder normativo.

II

1. Valiendo este modelo en principio para todo el Estado occidental, es necesario posteriormente fijar unas *profundas diferencias* entre el sistema anglosajón y el continental-europeo.
2. La clave se encuentra en el *concepto de Ley*; los anglosajones no han tenido nunca un concepto de Ley material (ni materias determinadas ni regulaciones abstracto-generales). La consecuencia es la *carencia de todo poder normativo en el ejecutivo inglés, salvo delegación*. También esto es válido para el ejecutivo americano, si bien se ha desarrollado —con polémica doctrinal e intervenciones del Supreme Court— un cierto *rule-making power automato*.
3. En cambio, el concepto más o menos expreso de *Ley como regla general y abstracta de la teoría del Estado europeo*, tuvo como consecuencia la necesidad de que el ejecutivo adquiriese un poder normativo para *ejecutar y desarrollar dicha regulación general*.

4. Tras dudas en las primeras constituciones revolucionarias francesas, pero definitivamente ya en 1799, desde luego en 1812, y en las sucesivas constituciones europeas, *el poder normativo para ejecutar la Ley se otorgará constitucionalmente al ejecutivo* (concepto: poder o potestad reglamentario).
5. Es interesante desde el punto de vista de las ideas políticas esta posible explicación del poder normativo autónomo para la ejecución, *que surge en Europa a consecuencia del concepto de Ley general*. Junto a este punto se señala la *monarquía constitucional* (y el consiguiente poder que seguía teniendo el rey), así como *la tradición intervencionista del Estado continental* centralizado (Estado de policía, despotismo ilustrado) para explicar la existencia de este *poder autónomo normativo para la ejecución de Leyes*, desconocido en el mundo anglosajón. Curioso es señalar que esta estructura del poder normativo era una de las pocas cosas que DICEY admiraba en el sistema continental de Derecho público.
6. En cambio, ni el sistema anglosajón y el europeo conocen el concepto de «reserva de Ley», ya que ésta, por definición, *tiene una competencia ilimitada*.
7. La teoría del poder normativo de las constituciones del XIX, cuya concepción todavía perdura, fue la del *Estado legislativo* (tipo ideal, con reservas), que no concibe un poder normativo propio del ejecutivo (lo que no fuera reserva de Ley), sino que sólo hay *Ley: general, ilimitado campo; ejecutivo: normas de ejecución* (análisis de las constituciones españolas, excepciones de 1852 y 1929; Francia).
8. Alemania ocupa una *situación peculiar a mitad entre modelo anglosajón y el continental europeo*. Aquí se da un campo limitado para la Ley: «reserva de Ley» (libertad y propiedad), materias en las cuales concurren el rey y el Parlamento. En el resto, el rey es libre de regular. Esta situación da lugar a la serie de conceptos: primacía y reserva de Ley, Reglamentos dependientes e independientes, ejecutivos, administrativos y jurídicos, etc.
9. La recepción doctrinal de estas categorías alemanas en otros sistemas constitucionales parece de dudosa validez (ejemplo: recepción de STEIN en España).
10. La Constitución suiza presentó un rasgo singular al otorgar en el siglo XIX un cierto poder normativo autónomo al ejecutivo (Consejo federal).

III

1. El supuesto dominio de la Ley y monopolio jurídico del Parlamento, así como la negación de todo poder normativo autónomo o delegado de la teoría tradicional, se ha visto vaciada en sentido por las frecuentes delegaciones formales o larvadas de la función legislativa en el ejecutivo, así como por simples apoderamientos de la Administración.
2. La base ideológica e institucional que sustentaba dicho orden del poder normativo ha desaparecido: pérdida de la fe en la Ley, conciencia del poder, descubrimiento de la idea de gobierno, superación del enfrentamiento Estado-sociedad, legislativo-ejecutivo.
3. Ampliamente desarrollada y concebida por ROUSSEAU, y esta interpretación es diferente a la que ofrece la doctrina dominante, la idea de gobierno se ha ido imponiendo en la teoría de forma creciente.
4. A una nueva teoría del Estado que trata de buscar conceptos y funciones para captar el proceso político y jurídico le tiene que seguir un cambio de mentalidad y concepción del principio de legalidad y poder normativo. En el Estado moderno de masas articuladas políticamente por los partidos, el Gobierno-administración aparece tan «legitimado» como el Parlamento. El postulado de la necesidad de una base legal parlamentaria para toda actuación administrativa no es congruente con la nueva configuración del poder de liderazgo del Gobierno.
5. A la vista de la actual configuración del Estado, la crítica a la que se ha sometido aquí el esquema tradicional, no aparece como arbitrariedad académica más o menos novedosa, sino como verdadera necesidad vital de revisión, ideológica e institucional en esta segunda mitad del siglo XX.
6. Se impone una nueva distribución del poder normativo, y rompiendo con modelos formalistas y vacíos, se fije un campo de materias concretas a la Ley, otorgando al Gobierno en el resto un poder normativo autónomo.
7. Si la idea de Gobierno tenía que ser recibida con recelo bajo la monarquía constitucional (STAHL, STEIN) la actual configuración del orden político permite y obliga a destacarlo en una teoría del Estado. Aquí sí, curiosamente, vuelven a adquirir interés las doctrinas alemanas de la reserva y primacía de Ley bajo la monarquía constitucional. Así se ha llevado a cabo un análisis y se han entendido dogmática e históricamente las Leyes constitucionales españolas y la Constitución de 1958 en Francia.
8. La nueva «legitimidad», diciéndolo con WEBER, parece configurarse no ya como la legitimidad de las Leyes, de la legalidad, sino «la legitimidad del Gobierno y la Ley».

FUENTES Y BIBLIOGRAFIA

a) Este capítulo ha sido posible en gran parte gracias a los Apuntes de cátedra de JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *apuntes de Derecho administrativo*, 1965-1966, tomos II y IV—publicados ahora en parte, con enorme riqueza, en su libro *Derecho administrativo. Introducción y teoría de normas*, 1968—, con cuya concepción, en líneas generales, sobre la estructura de la “reserva de Ley” en el sistema español vigente, coincide la exposición aquí presentada, así como con su crítica a una *legalidad total*, postulada por BALLBÉ, GARRIDO FALLA y GARCÍA DE ENTERRÍA, insistiendo que en España sólo existe una *legalidad* de reserva de Ley (tomo IV, *passim*); VILLAR PALASÍ, por otra parte, muestra mucha preocupación por el “concepto de Ley” y expone las “cinco polémicas sobre la Ley”. Gran acreedor es también la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Apuntes de Derecho administrativo*, 1966-1967, tomos I y II, así como sus artículos y comentarios de jurisprudencia sobre el tema del poder reglamentario, sobre su inteligencia crítica al concepto de generalidad en la norma o ley, sobre el principio de legalidad: RAP, 27, páginas 63 y sigs.; RAP, 29, págs. 161 y sigs.; RAP, 30, pág. 131; RAP, 38, págs. 159 y sigs., en especial 195, y sobre el artículo 10 de la Ley de Cortes, también: los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, 1956, págs. 83 y sigs. Es bien cierto que el Profesor ENTERRÍA comprende los textos constitucionales españoles, por un lado, y la relación Administración y Ley, de una manera diferente a lo que aquí se expone. La razón es que yo me he planteado el tema a partir de una teoría del Estado de la segunda mitad del siglo XX, creyendo necesario abandonar la pretendida sumisión a la Ley (orden jurídico), o una comprensión “vicarial” (VILLAR PALASÍ) de la Administración; el Gobierno es, en esta teoría, el centro, y se abandona las categorías legislativas y ejecutiva, planteando una categoría y comprensión y orden del poder normativo que pretende ser más realista con el Estado moderno. Desearía que mi valoración del “Gobierno” fuese entendida en su justo término: ni a un Estado o país concreto, sino en el ámbito general del Estado occidental. Sí, en cambio, para la comprensión del funcionamiento real del sistema del poder normativo en España, ha sido iluminador para redactar las páginas finales, referidas a la crítica del sistema español: la técnica del *contrarius actus*: ENTERRÍA, *Apuntes*, I, lección 7, final. He intentado, sin embargo, exponer el *esquema teórico del sistema español* de acuerdo con la voluntad de la Ley de Cortes y LOE. A la hora final de una explicación real de por qué pasa lo que pasa, me inclino por una explicación en el sentido de la cita de FORSTHOFF que hago.

He intentado ordenar de acuerdo con los principios teóricos del sistema dibujado en las Leyes fundamentales: delegación, autorización, deslegalización, reglamentos delegados (VALLINA, “Revista Facultad de Derecho”, 1961, 583, en contra de la terminología: ENTERRÍA, *Apuntes*), distinguiendo *estrictamente entre Decreto-Ley y delegación*, punto que no comparte la doctrina dominante: Decretos legislativos (Decreto-Ley y Leyes delegadas), vid. en general, aparte los *Apuntes* mencionados, GÓMEZ-ACEBO, RAP, 6, página 99, que propone la categoría “Decretos con valor legislativo”, pero poco convincente; muy notable es GASCÓN HERNÁNDEZ, voz Decreto y Decreto-Ley en NEJ: “actualmente (1954), la caracterización y jerarquía de las normas sea uno de los aspectos más descuidados de la práctica”; muy interesantes sus precisiones sobre el concepto de Decreto, vid. RAP, 15, pág. 91, y cfr. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho*

administrativo, I, 1961 (hay ed. posterior), págs. 197 y sigs. La obra de QUINTERO, G., *Los Decretos con valor de Ley*, 1958, une bajo dicha expresión Decretos-Leyes y Leyes delegadas; yo mantengo otra opinión. Su perspectiva de la "racionalización" del poder legislativo es la misma, pág. 214, *passim*. SALAS, J., RAP, 51, pág. 41, se esfuerza a lo largo de muchas páginas en ver límites a la Jefatura del Estado, para tener que reconocer, al ser publicada la LOE, que la doctrina había señalado con razón la pervivencia de las llamadas Leyes de Prerrogativa de 1938 y 1939; es difícil entender cómo pudo llegar a la tesis "que tales Leyes deben de entenderse derogadas en cuanto contradicen lo dispuesto normativamente en la Ley de 1942" (Cortes, pág. 49). La afirmación, por otra parte, "que 1942 supone una vuelta a la tradición constitucional española anterior a 1936" (pág. 45) es una afirmación un tanto sorprendente. Su análisis de la supuesta urgencia de todos los Decretos-Leyes es interesante: opino que no resalta el absurdo de un Decreto-Ley autorizando o delegando al Gobierno, y no creo que un Decreto-Ley que imponga cargas o prive de libertad sea *inconstitucional* si hay urgencia. Cfr. CLAVERO, RAP, 10, págs. 25 y sigs.

Sobre el principio de legalidad, BALLBÉ, en voz Derecho administrativo, mantiene una postura muy diferente a la aquí expuesta: "la esencia del principio de legalidad es que cada actividad de la Administración encuentre un fundamento y una razón de ser directa o indirectamente en una Ley formal", produciéndose aquí una transformación de la teoría jurídica viequesa, y cfr. en esta línea ENTRENA, RAP, 33, 41: "La Administración deberá limitarse a ejecutar las normas dictadas por el poder legislativo", GARRIDO, RAP, 6, pág. 131, que posterga el *valor primeramente político de la legalidad*, ya que hay sumisión de la Administración a la Ley "cuando los órganos típicamente administrativos no tengan en sus manos la posibilidad de hacer Leyes"; cfr. CLAVERO ARÉVALO, RAP, 7, 88, con referencia a BALLBÉ.

Sobre los fundamentos e historia de la potestad reglamentaria, y en general, toda la cuestión, desde luego, vid. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, I, 1964-1965, págs. 73 y sigs.; ENTRENA, *Curso de Derecho administrativo*, 1966, pág. 75; GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 1964, págs. 221 y sigs., 275; GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, I, 1962, pág. 119, 215; GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, la edición de 1935 y la última de 1954; ALVAREZ GENDÍN, *Manual de Derecho administrativo español*, 1954, págs. 27 y sigs.

Sobre el Consejo de Ministros: GASCÓN HERNÁNDEZ, voz correspondiente en NEJ, con el gran acierto de designar el Consejo de Ministros como "Deux ex machina" de la política, y "matriz y residuo de la actividad estatal"; GUALTA, A., en *El Consejo de Ministros*, 1967, mantiene que la LRJ no otorgó —"proponer" (art. 10, 6)— potestad reglamentaria, y ha sido la LOE, que corrigiendo a la anterior Ley, atribuye dicha potestad (págs. 60 y sigs., 76), al Consejo de Ministros. En el texto se mantiene otra opinión, en virtud de la exigencia de intervención —deliberación—, y sentido institucional, cfr. artículo 13 de LPA: 1.º Los proyectos que deben someterse a la aprobación del Consejo de Ministros; cfr. GÓMEZ ANTÓN, *La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*, 1959, pág. 23, sobre competencia del Consejo de Ministros. MARTÍN MATEO, RAP, 51, 319, mantiene que la LOE ha definido al Consejo de Ministros como único titular de la potestad reglamentaria, teniendo los Ministros poder reglamentario sólo por Ley concreta; en el texto, otra opinión, si bien se suscribe íntegramente la lucida crítica al Decreto de 3 de septiembre de 1966.

La cuestión de los actos y normas, Reglamentos generales, disposiciones generales y Resoluciones y su diferente régimen jurídico, ha dado lugar a importantes trabajos que se han planteado más o menos ampliamente la cuestión del poder normativo: BOQUERA, RAP, 31, 57 y sigs., distinguiendo entre disposiciones generales auténticas, esto es, Reglamentos, y otros que no lo son: circulares, habiendo sido superado el equívoco de la LRJ (23, 2) por la LPA, 7, y de nuevo en RAP, 47, 79 (en especial trata la base de potestad reglamentaria), postulando que se restrinja el poder reglamentario, y considerando a las circulares que contengan disposiciones reglamentarias,

de acuerdo con nuestro orden jurídico "viciadas de incompetencia"; de nuevo BAENA, RAP, 49, 107 y sigs., que supera el hecho de circulares "reglamentarias" por ser legítimo dicho poder si hay Ley concreta, y MEILÁN, *La distinción entre norma y acto administrativo*, 1967, propone explicar y salvar dichos instrumentos reglamentarios con la teoría de los elementos desgajados de la norma. Cfr. en relación con el tema GONZÁLEZ PÉREZ, RAP, 40, 9; LEGUINA VILLA, RAP, 49, 193; cfr. ENTERRÍA, RAP, 27, 83, ORTIZ DÍAZ, RAP, 24, págs. 353 y sigs.; LORENZO M. RETORTILLO, RAP, 40, págs. 225, 248, nota; DESANTES, *Documentación administrativa*, 8-9, 47.

Sobre la doctrina del Tribunal Supremo en algunos de los puntos tratados, los comentarios, entre otros, de GARCÍA DE ENTERRÍA, RAP, 30, 38, y MARTÍN RETORTILLO, L., RAP, 39, al texto de la LRJ preparado por ELOY GARCÍA (BOE) —sentencias y dictámenes—; la tesis doctoral de ARIGITA, *Carácter y eficacia de las Leyes fundamentales según la doctrina del Tribunal Supremo*, 1966.

Sobre la crisis de la legalidad tributaria, SÁINZ DE BUJANDA, "Revista de Derecho Financiero", 1964, págs. 2 y sigs.; GARCÍA AÑOEROS, loc. cit.; agradezco a PALAO TABOADA, *Las autorizaciones normativas en la Ley general tributaria*, mecanografiado, donde se estudia la serie de delegaciones y delegalizaciones de dicha Ley. Al respecto, y dentro del fenómeno del apoderamiento exorbitante de la Administración, NIETO, *La retribución de los funcionarios en España*, 1967, pág. 300, "exceso de delegaciones".

b) Sobre el "excurso histórico" hay que destacar en primer lugar el artículo de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, en la RAP, 26, págs. 11 y sigs. "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho jurídico español"; leído cuando ya tenía pergeñada la idea de esta parte del estudio, así como el material trabajado, ha sido su lectura de gran satisfacción, en cuanto confirmaba muchos puntos de mi análisis: mantiene opiniones algo diferentes sobre el artículo 131 de 1812 y la posterior evolución (pág. 27); he procurado exponer la cuestión teniendo siempre en cuenta la relación Gobierno-Parlamento. Donde yo no puedo seguir a MARTÍN-RETORTILLO es en págs. 36 y sigs., donde dice que "tal función no es ejecución de una Ley concreta..., sino del entero conjunto normativo", para terminar diciendo que esta comprensión "permite configurar la ejecución de Leyes con una amplitud y con unas posibilidades que, por otra parte, no se presentaría adscribiéndola únicamente a su valoración analítica de cada Ley concreta". En mi opinión tras el análisis de SANTAMARÍA, POSADA, etc., la doctrina en general admitió *Reglamentos de Ley* y *Reglamentos "ejecutores" de otra Ley*, que no los pedía expresamente la Ley. Tampoco estoy muy convencido de que existiese esa comprensión amplia de la función administrativa a la que apunta MARTÍN-RETORTILLO: vid. mi análisis, y cita de ROYO-VILLANOVA en 1964. La referencia que da MARTÍN-RETORTILLO para fundamentar este punto, de VEDEL, y que ha sido seguida por otros autores, no me parece oportuna. MARTÍN-RETORTILLO interpreta la Constitución de 1931 de manera diferente a la expuesta aquí.

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO también ha dedicado su atención a la cuestión de las materias reservadas en 1812 y 1931: su interpretación de los artículos correspondientes es diferente a la que hago: para LORENZO MARTÍN-RETORTILLO la reserva de Ley no está en el artículo 131, sino en las expresas prohibiciones constitucionales a la potestad reglamentaria, artículos 172 y sigs.

Desde luego, históricamente la "reserva de Ley" apareció como ámbito exclusivo de competencia del Parlamento (vid. Alemania: *Vorbehalt des Gesetzes*), por otra parte el artículo 172 de Cádiz lo que hace es prohibir al Rey *determinados actos* (privar de libertad a ningún individuo, tomar la propiedad de ningún particular, enajenar territorios, etc.), siendo algunos de estos puntos recogidos en nuestros textos constitucionales posteriores bajo la fórmula: El Rey necesitará Ley especial para... (así, 1936: 11 y sigs.; 1837, 48; 1845, 46; 1852, 27, sin especial; 1856, 53; 1869, 74; 1876, 55. Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, RAP, 39, págs. 297 y sigs. En este intento de revisión histórica, cfr. PARADA VÁZQUEZ, RAP, 55, pág. 65, sobre las dos versiones de la división

de poderes con referencia al poder judicial, y la falta de base constitucional de un fuero privilegiado de la Administración (pág. 73, *passim*).

Como digo en el texto, está todavía sin hacer un estudio detallado de la mayor parte de las cuestiones que trato: doctrina (SALAS, ALCALÁ GALIANO, COLMEIRO, SANTAMARÍA, POSADA, GIL ROBLES, ORTIZ DE ZÚÑIGA, POSADA HERRERA, FREIXA, ABELLA Y FERRÁN, MELLADO, SILVELA, SERRA, GOS GAYÓN y *last but not least*: DOU) práctica normativa, etc. Así, pues, quiero señalar el carácter un tanto provisional de ciertos puntos analizados. Sobre el Estatuto Real, J. TOMÁS VILLARROYA, *El sistema político del...*, 1968, cuya opinión en el punto en cuestión no comparto y expondré próximamente.

Sobre toda la cuestión, en general, SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, 1955; SEVILLA, ANDRÉS, *Historia constitucional de España*, I, 1966. Muy interesante es BECKER, JERÓNIMO, *La reforma constitucional en España*, 1923, para la historia de las Constituciones. El libro de HANS GMELIN, *Studien zur Spanischen Verfassungsgeschichte des Neunzehnten Jahrhunderts*, 1905, es sorprendente, escrito con material recogido en la Biblioteca Nacional de París, y por ello con muchas lagunas en los Diarios de Cortes, es una obra muy notable (el padrino de esta tesis fue RICHARD SCHMIDT); matiza muy bien lo español y lo francés en el artículo 131 de 1812, e interpreta el artículo 172, como "llamar de nuevo" la atención sobre los límites que el poder legislativo imponía al Rey.

Los textos constitucionales se encuentran en la magnífica colección editada por SÁINZ DE VARANDA, "Colección de Leyes Fundamentales" 1957.