

SEPARACION DE PODERES, DELEGACION LEGISLATIVA
Y POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONSTITUCION
ESPAÑOLA

EDUARDO ESPÍN TEMPLADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—A) *El principio de la separación de poderes.*—B. *Las facultades normativas del Gobierno.*—III. LAS POTESTADES NORMATIVAS DEL GOBIERNO.—A) *La potestad reglamentaria.*—B) *Participación del Gobierno en la función legislativa.*—1) *Introducción.*—2) *Legislación de urgencia.*—3) *Legislación delegada.*—a) *Naturaleza jurídica de la delegación legislativa.*—b) *Delegación legislativa y potestad reglamentaria.*—c) *Delegación legislativa y principio de legalidad.*—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente estudio es analizar y estudiar el fundamento y la naturaleza de las facultades normativas del Gobierno en la Constitución española. Tal interés no es meramente académico. Por un lado, dichas competencias normativas chocan en principio con lo que se supone un postulado básico de las democracias constitucionales: la separación de poderes, cuya auténtica validez política y jurídica es importante establecer. Por otro lado, hay diversos aspectos del tema que bastarían para justificar el abordar semejante cuestión, como por ejemplo, la relación entre la naturaleza legislativa o reglamentaria de tales facultades y la jurisdicción competente para enjuiciar la constitucionalidad o legalidad de las normas emanadas del Gobierno.

La doctrina de la separación de poderes ha sido sometida durante largo tiempo —casi, me atrevería a decir, desde su formulación por MONTESQUIEU—, a una intensa crítica. Con frecuencia se ha afirmado su inexistencia en la práctica, arguyendo los más radicales, que fue un postulado que nunca llegó a materializarse en la realidad constitucional; otros con más moderación, sostienen que ha quedado obsoleto como consecuencia de la evolución político constitucional de los dos últimos siglos. En cualquiera de ambos casos, una de las pruebas que se alegan como presuntamente de mayor contundencia es el hecho de que los gobiernos ostentan en la actualidad amplias

facultades normativas. Desde la participación del Gobierno en la confección del orden del día de las Cámaras parlamentarias hasta la prolífica utilización de la potestad reglamentaria, todo sirve para enterrar definitivamente el «mito» de la separación de poderes (1).

Y, sin embargo, incluso algunos de los más radicales negadores de la racionalidad o el valor del principio han reconocido algo que debería tenerse muy presente: que la estructura político constitucional de los regímenes constitucionales occidentales está edificada sobre dicho principio, más o menos literalmente entendido (2). Lo cual implica, creo, más consecuencias que las que ellos mismos extraen. La realidad es que el contenido esencial del principio que enunciara MONTESQUIEU sigue vigente, pese a su indudable e inevitable evolución. Sin la separación de poderes como postulado institucional básico de la estructura del Estado, constitucional contemporáneo, éste quedaría invertebrado. En efecto, como consecuencia de la razón histórica mencionada, sólo dicho postulado permite una adecuada comprensión política y jurídica de la mayor parte de los sistemas constitucionales occidentales.

Con ocasión del estudio de las facultades normativas del Gobierno, pretendo apoyar las afirmaciones anteriores, en relación al menos con la Constitución española. Creo, en efecto, que las potestades normativas del Gobierno, lejos de demostrar que el principio de la

(1) Sobre el principio de la separación de poderes y su evolución histórica, *vid.* el excelente trabajo de F. BASSI, «Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)», en *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, 1965, núm. 1; también G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri* (2 vols.), Giuffrè, Milano, 1979 y 1984. Una exposición de diversas posturas sobre la vigencia o no del principio y sus variadas interpretaciones en P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, II, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 133 y sigs.

(2) *Vid.* a este respecto cómo KELSEN, quien discute la validez del principio en la medida en que las funciones estatales materiales se encuentran en realidad compartidas entre los diversos órganos o poderes, admite la posición «privilegiada» del poder legislativo respecto al ejercicio de su función característica. Parece difícil, sin embargo, no aceptar una pareja posición privilegiada de los otros poderes en relación con sus funciones históricamente heredadas, lo que probaría en suma la validez del principio en cuanto postulado que inspira la estructura constitucional de los modernos Estados constitucionales; *cfr.* *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, págs. 318 y sigs., 334-35. *Vid.* asimismo, por ej., G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1976, págs. 112 y sigs., esp. 127.

separación de poderes es obsoleto, como afirmaba, entre otros muchos, K. LOEWENSTEIN, sólo pueden comprenderse como manifestaciones especiales o, en su caso, como excepciones constitucionales a dicho principio, cuya vigencia aparece por lo mismo reforzada.

Con relación al fundamento y naturaleza de tales facultades, nuestro trabajo nos permitirá obtener varias conclusiones, principalmente, la de constatar que las diversas potestades normativas del Gobierno no se basan en una misma habilitación constitucional, esto es, que su fundamento constitucional es distinto. Lo cual implica, evidentemente, que la naturaleza de las normas emanadas en su virtud también difiere de unas a otras, con importantes consecuencias en cuanto a su residenciabilidad jurisdiccional.

Digamos por último que nos limitamos expresamente a las facultades normativas del Gobierno y su articulación con la separación de poderes en el Estado central (Estado aparato). Otro tema distinto y que exigiría un tratamiento más amplio y diverso es el enlace de las facultades normativas del Estado aparato analizadas aquí con las de las entidades territoriales dotadas de autonomía por la Constitución, las Comunidades Autónomas y la Administración Local.

El esquema seguido en el artículo es el de realizar primero un sucinto análisis del significado actual del principio de la separación de poderes para, a continuación, estudiar el fundamento constitucional de las potestades normativas del Gobierno. Entre éstas me centro principalmente en la delegación legislativa y la potestad reglamentaria. La legislación de urgencia mediante Decretos-leyes, es contemplada también, siquiera sea brevemente, para lograr una visión completa del cuadro normativo del Gobierno.

II. LA SEPARACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A) *El principio de la separación de poderes*

El principio de la división o separación de poderes, tal como lo formulara MONTESQUIEU, responde a la idea básica de dividir el ejercicio del poder estatal entre diferentes órganos o titulares con objeto

de evitar el poder absoluto, o, lo que es lo mismo, la concentración de todo el poder del Estado en un solo titular. Semejante postulado conlleva una racionalización del ejercicio del poder estatal, al plasmarse en la atribución de las diversas funciones del Estado a distintos órganos o conjuntos de órganos a los que MONTESQUIEU denomina «poderes» y adjetiva con el nombre de la función que ostentan: de esta manera, a cada poder correspondería una de las tres funciones básicas del Estado según MONTESQUIEU, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Así puede colegirse claramente de los conocidos postulados de que es necesario que el poder frene al poder y de que no es posible la libertad si los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, son ejercidos por un mismo órgano o persona. Es por tanto, el *principio político* de la separación de poderes el que lleva al *plano jurídico* de la distribución de funciones a los distintos poderes (3).

Frente a la interpretación de la teoría de MONTESQUIEU por parte de la doctrina tradicional, en el sentido de que aquel postulaba una separación absoluta entre poderes iguales e independientes —que coincide con la adoptada por los revolucionarios del siglo XVIII— las más autorizadas interpretaciones actuales del pensamiento del escritor francés le atribuyen una concepción moderada y relativista del principio por él enunciado. De acuerdo con ellas, MONTESQUIEU, en *L'Esprit des lois*, defiende más bien una separación relativa no exenta de interrelaciones, así como la atribución a cada poder del núcleo, esencial de cada una de las tres funciones clásicas, más que una adjudicación en exclusiva de las mismas (4).

De esta manera, sin perjuicio de otras críticas o enmiendas, en

(3) Sobre el carácter primario del principio político respecto al jurídico, BASSI, *op. cit.*, págs. 30 y sigs.; en contra, SILVESTRI, *op. cit.*, v. I, pág. 288, quien opina que el principio de la separación de poderes opera para MONTESQUIEU como garantía del principio de legalidad: para garantizar la validez y aplicación de leyes generales, tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos.

(4) BASSI, *op. cit.*, págs. 35 y sigs., 90 y sigs.; SILVESTRI, *op. cit.*, págs. 292-93. Pero también en la doctrina clásica francesa, citada por SILVESTRI (*ibid.*, pág. 293, núm. 70), L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1928, II, pág. 665 y M. HAURIU, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, 1929, pág. 348. R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, Beck, München, 1980, pág. 229.

las que no podemos entrar aquí (5), parece improcedente la crítica común de que en los modernos regímenes parlamentarios (e incluso en los presidencialistas), ha perdido su vigencia el principio de la separación de poderes, como consecuencia de que ni hay *separación* entre los poderes ni las funciones pertenecen en *exclusiva* al poder al que teóricamente corresponden. En realidad, ni en la práctica tal cosa ha ocurrido nunca —ni siquiera en los regímenes que como el de los Estados Unidos más fielmente han seguido y conservado una interpretación rígida del principio (6)—, ni, como decimos, tal fue al parecer la pretensión de su formulador. Es indudable, por lo demás que, sea cual fuere la precisa concepción originaria, históricamente ha sido interpretado de manera muy variada, tanto en el plano teórico como en la práctica constitucional. Sin embargo, la ausencia de separación observada no impide, como vamos a ver, que pueda considerarse subsistente lo que cabe entender como *la esencia política y jurídica del mismo: el ejercicio del poder del Estado por poderes (órganos o complejos de órganos) diversos, más o menos interrelacionados, a los que se atribuyen el contenido nuclear de las principales funciones estatales*. Otra cosa es que la denominación de «separación o división de poderes» haya quedado obsoleta y que fuera preferible la de colaboración de poderes, la de separación flexible de poderes o, simplemente, la de distribución de funciones, etc. Se trata de una cuestión terminológica que no afecta a la vigencia del principio tal como lo hemos formulado (7).

(5) Cfr. por ejemplo, la conocida crítica de K. LOEWENSTEIN, quien, desde una perspectiva politológica, niega transcendencia política a la clásica triada de funciones, a la que sustituye por la de adopción, ejecución y control de las decisiones políticas básicas (*policias*), *Teoría de la Constitución*, págs. 54 y sigs., Ariel, Barcelona, 1976. Una postura radical negando fundamento racional y realidad práctica al principio —aunque no a determinadas consecuencias político-jurídicas del mismo en el Estado actual— es la de G. BALLADORE PALLIERI, «Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana», en *R. T. di Diritto Pubblico*, 1954, núm. 4, págs. 812 y sigs.

(6) *Vid.* a este respecto B. SCHWARTZ, *Los poderes del Gobierno*, UNAM, México, 1966, vol. II, págs. 30-31.

(7) A conclusiones semejantes sobre la efectividad del principio en los sistemas constitucionales actuales llegan, entre otros, A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, IEA, 1971, págs. 95 y sigs.; P. LUCAS VERDÚ, *op. cit.*, pág. 145; J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «El poder judicial como

Por otro lado, no cabe duda de que junto con este contenido básico del postulado de la separación de poderes existen otras facetas y consecuencias del mismo, como el equilibrio y el control recíproco entre los poderes del Estado, esto es, la existencia de los llamados frenos y contrapesos entre los mismos, que constituye uno de los aspectos más actuales del principio y que da pie con frecuencia a formular una función estatal autónoma de contenido más o menos variable, la función de control. Aquí nos centramos, sin embargo, en el contenido primario de la separación de poderes, que es el que nos interesa al objeto de comprobar su compatibilidad con el ejercicio de facultades normativas por parte del Gobierno.

Tanto en la exposición de MONTESQUIEU como con posterioridad el principio político de la separación de poderes, se ha entendido en un sentido material. Quiere esto decir que, según el mismo, a cada poder le es atribuida una función definida por su contenido material: al legislativo la de dictar normas generales, al ejecutivo la función de aplicarlas y al judicial la de dirimir los conflictos que surjan en su aplicación (8).

Añadamos, que, desde luego, consideramos sustancialmente diferenciada hoy día la función de gobierno de la ejecutiva, como destaca gran parte de la doctrina; aquélla, englobada originariamente en la ejecutiva, recibe según los autores variadas denominaciones (de gobierno, política, de dirección u orientación política, etc.), y viene atribuida primordialmente, aunque no exclusivamente, al mis-

límite de la potestad de control de las Cortes Generales», en *R. E. de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, págs. 56-58. Cfr. también, con una interpretación amplia de la separación de poderes, M. GARCÍA PELAYO, «El status del Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 1, 1981, págs. 20-21.

De la doctrina extranjera *vid.*, entre otros, con diversas matizaciones sobre la actual validez y contenido del principio, F. BASSI, *op. cit.*, pág. 104 y sigs.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 217; J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1983, págs. 314-16; C. LAVAGNA, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, UTET, Torino, 1979, págs. 583-89; G. SILVESTRI, *op. cit.*, II, págs. 231, 250 y sigs.; R. ZIPPELIUS, *op. cit.*, págs. 234-35.

(8) *Vid.*, entre otros, en torno al fundamento material de la división de poderes desde sus orígenes, L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Fontemoing, París, 1923, IV, págs. 664 y sigs.; P. VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 59 y sigs.

mo Gobierno. La propiamente ejecutiva pasa a ser denominada con frecuencia y en contraposición función «administrativa» (9).

De esta manera, podemos concluir afirmando que el principio que fundamenta el ejercicio del poder en el moderno Estado constitucional postula su diferenciación en diversas funciones materiales, de las cuales las cuatro básicas (legislativa, de gobierno, ejecutiva y jurisdiccional) son atribuidas primordialmente a alguno de los conglomerados que denominamos poderes: la legislativa al poder legislativo o Parlamento, la de gobierno al órgano superior del poder ejecutivo, el Gobierno, la ejecutiva al poder ejecutivo integrado por el Gobierno y la Administración y la jurisdiccional al poder judicial integrado por jueces y tribunales; poder judicial que, eventualmente, puede incluir una jurisdicción constitucional especializada —República Federal Alemana— o bien, como en el caso español, compartir la función jurisdiccional con un Tribunal Constitucional que orgánicamente está fuera del poder judicial.

Sin embargo, *una cosa es el principio político que articula la estructura constitucional y el ejercicio del poder del Estado y otra el plano jurídico positivo, esto es, el de las normas constitucionales que traducen el principio a términos jurídicos*. En efecto, por fuerza existe de un plano al otro un salto cuya primera consecuencia es que la separación de poderes adquiere en la práctica unos perfiles relativos, variables según los momentos históricos y los contextos constitucionales y con mayores o menores excepciones según los casos. Esta es, creemos, la razón de esa diversidad de interpretaciones teóricas y políticas que dicho principio ha sufrido históricamente.

En segundo lugar, la plasmación jurídico positiva del principio de la separación de poderes se manifiesta en la *atribución de potestades concretas, que comprenden los aspectos y sectores esenciales de la correspondiente función estatal*, a los distintos poderes del Estado. Potestades que, de acuerdo con la doctrina pacíficamente

(9) A este respecto las posiciones son bastante variables. Así, frente a esa dicotomía, también se defiende todavía la integración de ambas funciones (de gobierno y administrativa) en la ejecutiva, como P. BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, 214. Negando la conceptualización autónoma de la función de gobierno, SILVESTRI, *op. cit.*, II, págs. 185 y sigs.

admitida en nuestro país, técnicamente son poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento jurídico a los órganos del Estado y que facultan a éste para actuar (10). Creo, por tanto, que es necesario retener la distinción entre *funciones*, como actividades del Estado definidas materialmente —actividades encaminadas a una finalidad determinada— y *potestades*, que son poderes jurídicos que plasman de manera concreta tales funciones y que son atribuidos a los poderes del Estado (11). La utilización indistinta de ambos términos —función y potestad— y, frecuentemente, de ambos conceptos, confusión omnipresente en la literatura, subyace a mi entender en no pocos de los problemas interpretativos que se plantean en esta materia: separación de poderes, funciones y potestades del Estado, etcétera.

No podía esperarse por consiguiente que los constituyentes españoles del 78, empleasen de forma coherente y diferenciada ambos términos. Sin embargo, el tenor literal de la Constitución puede interpretarse sin dificultad en el sentido indicado, lo que se debe sin duda a que pese al confusionismo doctrinal, la realidad política que late en nuestra Constitución —como en otras del ámbito occidental—, responde a una concepción como la expuesta de distribución de funciones por medio de poderes jurídicos que, tal como hemos dicho, sin potestades en sentido técnico.

Por lo demás, hasta el momento, tampoco el Tribunal Constitucional (TC) ha avanzado en la distinción de ambos términos y en la consiguiente clarificación conceptual. Sin embargo, creo que las referencias de la jurisprudencia del TC son igualmente armonizables con la distinción propuesta, pese a ciertas ambigüedades terminológicas.

Vamos ahora a ver los exactos términos constitucionales y jurisdiccionales y su compatibilidad con la tesis propuesta. Más aún, como antes aludíamos, creemos que tal interpretación es precisamente la que mejor puede contribuir a una precisa comprensión del

(10) Sobre el concepto de potestad, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1983, págs. 418 y sigs.

(11) Sobre los conceptos de poder del Estado y función cfr. J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *op. cit.*, pág. 54; SILVESTRI, *op. cit.*, II, págs. 153 y sigs.

tema tal como se encuentra regulado en la Constitución española (CE).

Como la doctrina ha tenido ocasión de resaltar, el término «poder» sólo es empleado en la CE, con relación al poder judicial, en el rótulo del título VI, *Del poder judicial*, así como luego en el artículo 117.1 y repetidamente en otros posteriores al hacer referencia al Consejo General del *Poder Judicial*. No emplea, en cambio, la CE las expresiones poder legislativo ni poder ejecutivo. En cuanto al término «función», en el contexto del que hablamos, la CE la utiliza tan sólo con relación a la función ejecutiva, atribuida expresamente en el artículo 97 del Gobierno, mientras que no encontramos las locuciones función jurisdiccional en los títulos III y VI correspondientes.

Dicho esto, hay que añadir que ello no obsta a que de la regulación constitucional se deduzca con claridad la presencia de los poderes y funciones tradicionales y el emparejamiento recíproco correspondiente. No es necesario extenderse aquí sobre la regulación constitucional de los tres poderes: basta constatar con la doctrina que se encuentra regulados en sentidos títulos, el III («De las Cortes Generales») dedicado al legislativo, el IV («Del Gobierno y de la Administración») al ejecutivo y el VI al poder judicial. De más interés es comprobar *los dos procedimientos utilizados por el constituyente para atribuirles sus respectivas funciones*. Así, tan sólo al Gobierno, órgano rector y básico del poder ejecutivo, se le atribuye con sus términos la *función* ejecutiva en el artículo 97, que, al tiempo, concreta alguna de las potestades que la integran, como la potestad reglamentaria, que forma parte de la función ejecutiva y es atribuida al Gobierno en el propio artículo 97.

Con los otros dos poderes, la técnica utilizada en la Constitución es distinta: no se mencionan expresamente con sus términos *las funciones* legislativa o jurisdiccional, sino que se atribuye directamente a los órganos correspondientes la *potestad* básica que abarca el ámbito global de dichas funciones: la potestad legislativa a las Cortes (artículo 66.2) y la jurisdiccional a los jueces y tribunales (artículo 117.3). Creo que también en este caso hay que considerar que las *funciones* legislativas y judicial son adjudicadas a las Cortes Generales y al Poder Judicial, que son por tanto titulares de las

mismas, aunque la atribución se realice mediante la concesión de *una potestad que cubre de forma genérica y, en principio, ilimitada, el contenido de la función correspondiente.*

Por lo demás, este procedimiento, no resulta inadecuado dado que en ambos casos la función correspondiente no queda agotada por esa potestad genérica, sino que se integra también por otras potestades que cubren ámbitos restringidos de las mismas: la función legislativa, como luego veremos, por las potestades previstas en los artículos 82 y 86 CE que permiten al Gobierno dictar normas con rango de ley, y la función jurisdiccional, por las potestad atribuidas al TC —fuera del Poder Judicial— en el artículo 161, cuyo sentido global es el de garantizar la suprema posición normativa de la Constitución.

Puede añadirse que también en relación con el poder ejecutivo la CE, en el mismo artículo 97 en que le atribuye *expresis verbis* la función ejecutiva, emplea la técnica de conferirle directamente una función mediante la atribución de una potestad, pues sin mencionar la función de gobierno o de dirección política afirma que el Gobierno «dirige la política interior y exterior del Estado, la administración civil y militar y la defensa del Estado», lo que constituye, a mi parecer, una descripción de la potestad de dirección de la política y la administración que integra la función de gobierno. Por último, señalemos que las potestades atribuidas directamente por la Constitución, son por lo general previstas y reguladas además por las leyes, lo que permite el efectivo ejercicio de las mismas.

De este sucinto análisis puede concluirse la efectiva recepción en el plano jurídico formal de nuestra Constitución de 1978 del principio de la separación de poderes, mediante la atribución a cada poder de sus funciones y potestades correspondientes (12).

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tan sólo hay una referencia de interés en este punto. En la sentencia

(12) RODRÍGUEZ ZAPATA (*ibíd.*, pág. 56), atribuye al artículo 152,1 CE el papel de «norma de reconocimiento» de la doctrina de la separación de poderes en la medida en que recoge, aun con referencia a las Comunidades Autónomas, el principio de atribución de funciones distintas a poderes diferenciados.

29/82, de 31 de mayo de 1982, una de las que hasta ahora han perfilado la figura del Decreto-Ley, se hace un planteamiento genérico previo en los siguientes términos: «La CE en su artículo 66, determina taxativamente que las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Esta declaración constitucional, pilar sobre el que se cimienta el régimen democrático y parlamentario hoy vigente en España, conlleva: a) el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales *son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario...*» (fundamento jurídico —f. j.—1). Parece obvio que aquí se está empleando el término potestad en vez del de función que es el que correspondería, imprecisión que se evidencia luego, cuando se habla del «procedimiento ordinario de elaboración de las leyes» frente a la excepción al mismo, que es la posibilidad gubernamental de dictar normas con rango de ley —Decretos Legislativos (D-L) y Decretos-leyes (D-P)—: hablar de ejercicio ordinario de la *potestad* legislativa que se plasmaría en el «procedimiento ordinario de elaboración de las leyes» parece apuntar a que los procedimientos normativos extraordinarios de los que emanan DL y D-l fuesen consecuencia de un ejercicio extraordinario de la *potestad legislativa del artículo 66*, conclusión inaceptable y que el TC no formula, puesto que los *DL y D-l son normas con fuerza de ley, no leyes producto de un supuesto ejercicio extraordinario de la potestad legislativa del artículo 66 (vide infra)*. Por el contrario, el propio planteamiento hecho en los dos primeros párrafos de esta sentencia se comprende perfectamente si se interpreta en el sentido de que las Cortes son las depositarias de la *función legislativa en su ejercicio ordinario*; los DL y D-l serían consecuencia del ejercicio «no ordinario» de tal función gracias a las correspondientes facultades gubernamentales de dictar normas con fuerza de ley, que constituyen una excepción al «procedimiento ordinario de elaboración de las leyes». Pero la diferenciación de las potestades normativas del Gobierno de la legislativa parlamentaria se analiza más adelante.

Un *obiter dictum* que hace asimismo referencia al tema se encuentra en la STC 4/81 de 2 de febrero, en la que se afirma que «en definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional» (fj. 2 D). Por un

lado, se habla de Poder legislativo, expresión inexistente en la Constitución y por otro, se menciona su «función peculiar». Es evidente que aun sin explicarlo, el TC opera aquí asumiendo el principio de la separación de poderes.

B) *Las facultades normativas del Gobierno*

Si el principio político de la separación de poderes está efectivamente vigente en nuestra Constitución y se plasma jurídicamente en ella, mediante la atribución a los poderes del Estado de las potestades que se corresponden con las funciones propias de éstos, es necesario explicar entonces el hecho de que el poder ejecutivo pueda también producir preceptos jurídicos de carácter general, lo que corresponde a la función material propia del poder legislativo. Semejante posibilidad constituye sin duda una excepción o una quiebra, según su importancia, del principio político material de la separación de poderes. Pero, además, algunas de tales normas generales tienen fuerza de ley, lo que implica que se trata igualmente de una excepción a la plasmación jurídico formal de dicho principio, puesto que se equiparan determinados actos del ejecutivo a los actos normativos del ejercicio de la potestad legislativa de las Cámaras.

Pues bien, nuestra intención es analizar el fundamento constitucional en nuestro ordenamiento de estas facultades normativas y comprobar si, como hemos afirmado, significan simplemente una excepción a la separación de poderes o bien la quiebra e invalidez del principio tanto desde el punto de vista político-material como desde el jurídico formal. La necesidad de recurrir al fundamento constitucional de las potestades normativas gubernamentales parece obvia: un principio político como el de la separación de poderes que artículo la estructura del Estado y el ejercicio del poder del mismo, ha de encontrarse necesariamente plasmado en la Constitución. En consecuencia, cualquier excepción al mismo debe estar también explícitamente recogida en la propia Constitución. Sólo el poder constituyente soberano puede establecer tanto un principio organizativo del Estado como sus límites, lo que significa que ha de ser el propio texto constitucional el que fundamente expresamente cual-

quier competencia normativa que escape en mayor o menor medida al poder legislativo (13). Lo cual es importante tenerlo presente dada la tendencia histórica en los regímenes constitucionales contemporáneos a la ampliación de los poderes normativos del Gobierno por vías no previstas en el ordenamiento constitucional (14).

Como hemos visto, los artículos de la Constitución española que atribuyen a las Cortes Generales la potestad legislativa del Estado (artículo 66.2) al Gobierno las funciones ejecutiva y de gobierno (artículo 97) y a los jueces y tribunales la potestad jurisdiccional (artículo 117.3) recogen de manera clara e indiscutible el principio de la separación de poderes. En consecuencia, de acuerdo con lo dicho, cualquier límite o rectificación al principio y a la consiguiente distribución de funciones ha de estar explícitamente previsto en la propia Constitución.

Centrándonos ya por tanto en las facultades normativas del poder ejecutivo en el ordenamiento constitucional español, observamos que efectivamente se atribuyen de manera expresa al Gobierno, órgano máximo de dicho poder (15), la facultad de dictar tres tipos de normas eventual o necesariamente generales: los Decretos Legislativos (DL), los Decretos-leyes (D-l) y los decretos dictados en virtud de la potestad reglamentaria.

Al analizar estos tres tipos de normas dictadas por el Gobierno es necesario comprobar si poseen un *mismo fundamento*: constituirían en tal caso manifestaciones diversas de una única potestad normativa atribuida por la Constitución al Gobierno; o si, por el con-

(13) Vid. a este respecto, por ejemplo, A. ESMEIN, *Eléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, Sirey, París, 1921, vol. II, pág. 87. L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, II, Fontemoing, París, 1923, pág. 188.

(14) Sobre dicha tendencia, vid. E. CHELI, «L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, págs. 463 y sigs.

(15) La Constitución Española, siguiendo la tendencia evolutiva del constitucionalismo comparado, ha separado de manera definitiva al Jefe del Estado del poder ejecutivo, cuyo órgano superior es el Gobierno. El Jefe del Estado pasa a ocupar una posición independiente de los tres poderes tradicionales y con funciones arbitrales y moderadores de los mismos, vid. L. LÓPEZ GUERRA, en *El régimen constitucional español* (varios autores), Labor, Barcelona, 1981, vol. II, pág. 16.

trario, son normas dictadas con un fundamento constitucional heterogéneo y no reducibles por tanto a una única potestad.

De entrada cabe tan sólo señalar que la Constitución regula por separado los tres tipos de normas en artículos distintos: los DL en los artículos 82-85, los D-l en el artículo 86 y la potestad reglamentaria en los artículos 97 y 106.1, afectándole también el 62 f (expedición por el Rey de los decretos aprobados en el Consejo de Ministros). Y que, en términos literales de la Constitución, los DL son dictados en virtud de una delegación legislativa de las Cortes y los D-l en virtud de razones de «extraordinaria y urgente necesidad»; por su parte, la potestad reglamentaria, ha de ejercerse «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Sin embargo, ello no implica nada concluyente: hay que pasar por tanto a un análisis detenido del tema.

III. LAS POTESTADES NORMATIVAS DEL GOBIERNO

A. *La potestad reglamentaria*

La Constitución atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria, pero no se ocupa de definirla. Opera, por tanto, con un concepto que da por conocido y no problemático, lo cual, por lo menos a nivel doctrinal, no es enteramente cierto. En el artículo 97 se enumeran las funciones del Gobierno en los siguientes términos: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». La potestad reglamentaria queda, por consiguiente, enlazada a la función ejecutiva, pero sin que se clarifique la relación existente entre ambas. También el artículo 106.1 («Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa...») insiste en aparejar la potestad reglamentaria al resto de la actividad de la Administración en su común sometimiento al control judicial, pero sin añadir claridad sobre la exacta relación entre ambas. Corresponde por tanto definir la función ejecutiva para poder delimitar con precisión la naturaleza de la potestad reglamentaria.

Es necesario, en primer lugar, distinguir entre la función ejecutiva y la función de gobierno, que viene precisamente descrita en el primer inciso del citado artículo 97 (dirección de la política interior y exterior, de la Administración civil y militar y de la defensa del Estado). Esta enumeración descriptiva del contenido más destacado de la función de dirección política puede completarse con una definición más abstracta: la determinación de los objetivos del aparato estatal y de las directrices de actuación para la Administración congruente con dichos objetivos; estos objetivos y directrices, que naturalmente estarán en función de la orientación política del Gobierno, que corresponderá a su vez la de la mayoría parlamentaria, se plasmarán en parte en normas jurídicas de distinto rango. Aunque también participan en la función de gobierno otros órganos del Estado—sobre todo las Cortes— la misma corresponde primariamente al Gobierno como explícitamente lo establece la Constitución en el mencionado artículo (16).

Tras esta delimitación de la función de dirección política, la función ejecutiva queda reducida, por exclusión, a la aplicación del ordenamiento jurídico, esto es, de la Constitución y del conjunto de normas jurídicas que integran lo que M. HAURIOU denominó el «bloque de la legalidad», tanto de forma activa, cumpliendo lo prescrito de manera más o menos genérica por las normas, como velando por evitar su vulneración por parte de los particulares. Por otra parte, la propia actuación ejecutiva queda a su vez regulada y sometida a las prescripciones del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el principio de legalidad reconocido por la Constitución en el artículo 97 («de acuerdo con la Constitución y las leyes»), en el artículo 103.1 («la Administración Pública ...actúa... con sometimiento a la ley y al Derecho») y 106.1 («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»).

Así como la función de gobierno es ejercida directa y primordialmente por el propio Gobierno, éste dispone para el cumplimiento de la función ejecutiva de la Administración del Estado, aparato

(16) Vid. E. ESPÍN, en *El régimen constitucional español*, cit. (varios autores), vol. II, pág. 242.

burocrático que bajo su máxima dirección y responsabilidad es el que lleva a cabo las tareas ejecutivas, desde su planteamiento a su realización material. El Gobierno es de hecho, además del órgano político constitucional al que le compete la dirección política del Estado, el órgano superior de la propia Administración (artículo 2.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado LRJAE) (17).

Pues bien, el desarrollo histórico ha demostrado que esta función ejecutiva de aplicación del ordenamiento jurídico, requiere de manera imprescindible un doble contenido. En primer lugar, una actividad materialmente ejecutiva que se manifiesta, por un lado, en resoluciones particulares que apliquen las leyes y demás normas y, por otro, en la ejecución material de tales decisiones de la Administración. En segundo lugar, una facultad normativa subordinada y aplicativa de la ley, que es la potestad reglamentaria que nos ocupa (18). Esta actividad normativa de la Administración es hoy día, en defecto, imprescindible. La razón, tantas veces explicada, no es sino la necesidad de responder con agilidad y un preciso conocimiento técnico de las soluciones requeridas a las nuevas situaciones que se producen en una sociedad compleja de rápida evolución. Factores ambos que requieren rapidez, ductilidad y conocimiento concreto de la situación; por un lado, y capacidad técnica por el otro, cualidades de las que con frecuencia carece el poder legislativo. Tanto por su lentitud inevitable de funcionamiento como por la imposibilidad de prever reglamentaciones detalladas que no queden superadas con rapidez, el Parlamento ha de limitarse a la regulación de esa normativa. Así se consigue que las leyes parlamentarias sean aplicables y que las normas de desarrollo puedan modificarse con rapidez, dentro, claro, de su carácter ejecutivo. Ello no significa que sea imposible articular constitucionalmente dicha necesidad de regulación «ejecutiva» de otra forma, como por ejemplo en Gran Bretaña mediante *delegated legislation*. En los sistemas

(17) Vid. E. ESPÍN, *ibid.*, pág. 254.

(18) Esta necesidad histórica es palpable en el hecho de que por diversas vías todos los distintos regímenes constitucionales se han visto compelidos a proveer formas de normación por el ejecutivo, recurriendo a diferentes técnicas jurídicas; *vid. infra*, epígrafe sobre evolución histórica de la potestad reglamentaria y la delegación legislativa.

continentales, sin embargo, el poder ejecutivo ha heredado del monarca absoluto un poder normativo que, subordinado ahora a la ley y en aplicación, en sentido lato, de ésta, queda englobado en la función ejecutiva.

Esa es la relación tradicional entre función ejecutiva y potestad reglamentaria y la que recoge implícitamente la Constitución española. El que tanto el artículo 97 como el 106.1 mencionen expresamente a la potestad reglamentaria se debe, a nuestro juicio, exclusivamente a su carácter normativo, que la singulariza del resto de la actividad administrativa, como se manifiesta una regulación jurídica específica (LRJAE artículos 23-29; Ley de Procedimiento Administrativo; LPA artículos 129-132) en el hecho de que los reglamentos reciban una regulación jurídica específica. Sin embargo, se la menciona junto con la función ejecutiva y el resto de la actividad administrativa puesto que pese a dicha especificidad de su régimen jurídico, procede de la Administración (Gobierno en tanto que cabeza de la misma), *es en consecuencia actuación administrativa* y, como tal queda englobada dentro de la función ejecutiva. El Tribunal Constitucional parece haber asumido esta posición tradicional que creemos presente en la CE, al afirmar en una sentencia en la que se entra con cierto detenimiento en las relaciones entre la ley y el reglamento (STC 18/82 fj 4), que existe en nuestro derecho una tradición jurídica que dentro de los reglamentos, como disposiciones generales de la Administración con rango inferior a una ley, y *aun reconociendo que en todos ellos se actúa en el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio*, destaca...» para distinguir seguidamente entre los reglamentos que desarrollan una ley en particular —«reglamentos ejecutivos»— y los reglamentos de organización (*vide infra*). El TC no discute esa «tradición jurídica» que parece asumir y se remite a la misma sentencia en otra posterior (STC 35/82, fj. 2).

Así, pues, los reglamentos, pese a ser actos materialmente normativos, forman parte de la función ejecutiva, tanto formalmente, por proceder del poder ejecutivo, como en un plano material, al ser actos encaminados a la aplicación de las leyes. Cabría pensar que de ser posibles los reglamentos independientes, en el sentido de reglamentos que sean la norma primaria sobre una materia, los mismos no se ajustan a lo dicho. Sobre su admisibilidad y ámbito

hacemos más adelante alguna referencia. Aquí podemos limitarnos a aclarar que, desde una perspectiva material global, no escapan al carácter ejecutivo de la potestad reglamentaria con relación al conjunto del ordenamiento jurídico, pues se encuentran sometidos, como los estrictamente ejecutivos, a la legalidad e igualmente vinculados a los objetivos que la Constitución atribuye al poder ejecutivo. Tal es el sentido de la tradición jurídica nacional mencionada por el TC y reproducida antes, al considerar integrados en la función ejecutiva los diversos tipos de reglamentos, incluidos los organizativos, de los que se afirma que no es necesario a los efectos de la sentencia «tratar la cuestión de si dichos reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente», pero de los que «hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente como complementarios de la ley» (19).

Conviene insistir en que ni desde el punto de vista político de la separación de poderes, ni desde el jurídico constitucional de la distribución de funciones los reglamentos se salen de la función ejecutiva. Evidentemente los decretos dictados en virtud de la potestad reglamentaria son, al igual que otros reglamentos de rango inferior, normas de carácter general (20); pero al mismo tiempo son un producto de la actividad de la Administración de naturaleza ejecutiva y subordinada. Están sometidos a un régimen jurídico propio que es sin duda diferente al de los actos administrativos *sensu stricto* —que tampoco tienen un régimen idéntico para todos ellos—, pero cuentan, sin embargo, con rasgos básicos comunes con ellos, como fundamentalmente su residenciabilidad ante los tribunales ordinarios. Y, por el contrario, su régimen jurídico es profundamente diferente del propio de las leyes parlamentarias y otras normas con rango de ley.

Haciendo una recapitulación, podemos concluir que la potestad reglamentaria, explícitamente fundamentada en la Constitución, forma parte, material y formalmente, de la función ejecutiva. En

(19) En un sentido análogo STS de 17 de diciembre de 1982, Sala 4.ª.

(20) El poder reglamentario atribuido al Gobierno por la Constitución se extiende mediante habilitación legal o de decreto a autoridades administrativas inferiores. Esta habilitación debe ser específica, por lo menos en lo que exceda el ámbito organizativo interno; *vid.*, al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...* citado, I, págs. 192 y sigs.

su virtud y en aplicación de las leyes y del ordenamiento jurídico, el poder ejecutivo personificado en el Gobierno puede dictar normas generales subordinadas a las leyes denominadas reglamentos y expedidos por el Jefe del Estado con la forma de decretos (artículo 63 CE, artículos 23 y 24 LRJAE); y, dentro de estrechos límites, otras autoridades administrativas inferiores pueden también dictar reglamentos de rango paralelo al suyo propio.

Así, pues, y en virtud de la argumentación precedente, puede afirmarse que en el sistema constitucional español —como en otros continentales— la razón de la atribución constitucional de la potestad reglamentaria al poder Ejecutivo, en particular al Gobierno en cuanto cabeza de la Administración, es su titularidad de la función ejecutiva, que requiere la capacidad de dictar normas subordinadas a la ley para posibilitar la aplicación del ordenamiento jurídico. Esta contribución a la función ejecutiva, que se concreta en una mejor aplicabilidad de las leyes y del ordenamiento jurídico, es por tanto *la finalidad constitucional que justifica el ejercicio de la potestad reglamentaria* y constituye un criterio esencial para su control jurisdiccional (artículo 106.1 CE), de forma análoga a lo prescrito por el mismo artículo 106.1 para el resto de la actuación administrativa.

B. *La participación del Gobierno en la función legislativa*

1) *Introducción*

Si la potestad reglamentaria (artículo 97 CE), faculta al Gobierno para dictar normas generales de rango inferior a la ley, es claro que se trata de una potestad que resulta fácil distinguir de la potestad legislativa que el artículo 66.2 CE atribuye a las Cortes. Y pese a que su carácter normativo pudiera llevar a considerarla como parte integrante de la función legislativa, hemos visto que también desde una perspectiva material puede sobradamente justificarse su integración en la función ejecutiva.

No sucede lo mismo con la facultad para dictar DL (artículo 82 CE) y D-l (artículo 86 CE). Los Decretos Legislativos y los Decretos-leyes pertenecen plenamente a la *función legislativa*, no tanto

por el carácter materialmente normativo de dichas disposiciones como por el rango de ley de las mismas, que las equipara en su eficacia a las leyes parlamentarias. En consecuencia, es necesario comprobar si se han de reconducir ambas facultades gubernamentales a la misma potestad legislativa del artículo 66.2 CE —y en tal caso, bajo qué título puede ejercerla el Gobierno— o si, por el contrario, se trata de potestades distintas.

En las páginas que siguen trataremos de justificar que tanto la facultad de dictar «disposiciones legislativas provisionales» con fuerza de ley en razón de urgente y extraordinaria necesidad, como la de dictar «normas con rango de ley» sobre la base de una expresa delegación de las Cortes —facultad en la que centraremos el análisis—, son potestades normativas autónomas, diferentes tanto de la potestad legislativa como de la potestad reglamentaria y que, junto con la primera, integran la función legislativa del Estado central. Esto no significa, desde luego, que las tres tengan la misma trascendencia: mientras la potestad legislativa parlamentaria es la que cubre la mayor y más importante parte de la función legislativa, las potestades de dictar DL y D-l son dos formas extraordinarias de legislar, pese a la eventual frecuencia en el uso de los DL Extraordinarias desde diversos puntos de vista: en primer lugar, por el sujeto al que han sido atribuidas, el Gobierno, frente al poder legislativo ordinario, las Cortes; asimismo, en razón de su específico fundamento político: en un caso, la posibilidad de que se produzcan situaciones de extraordinaria y urgente necesidad que requieran una actuación legislativa y, en el otro, la eventual conveniencia parlamentaria de descargarse de determinadas tareas legislativas en función de su carácter técnico, de exceso de trabajo o de otra razón análoga.

Por ello, la previsión constitucional de potestades normativas encomendadas a un órgano ajeno al poder legislativo respeta para éste el contenido esencial de la función legislativa. Pero además, toda una serie de condicionamientos y controles a los que ambas potestades están sometidos ratifican la primacía legislativa de las Cortes y les otorga a éstas un notable poder de control sobre las referidas potestades normativas del Gobierno.

Por último, si la potestad reglamentaria, en cuanto límite a la

aplicación integral del principio de separación de poderes en su contenido material, necesita de un fundamento constitucional, tanto más es éste imprescindible para que el poder ejecutivo pueda dictar normas con rango de ley. Ya que tales potestades rompen en alguna medida también con el plano jurídico formal de la separación de poderes al atribuir a las normas provenientes de tales facultades normativas del Gobierno una fuerza semejante a la de las leyes, producto de la potestad legislativa de las Cortes Generales.

La Constitución española ampara, en efecto, con minuciosidad tales excepciones al principio de separación de poderes, rodeando la figura de ambas potestades normativas con sobrados medios para evitar que puedan atentar contra la titularidad parlamentaria sobre la función legislativa. En este mismo sentido se pronuncia el TC en la sentencia 29/82 de 31 de mayo, al afirmar que «el Gobierno podrá también dictar normas con rango de Ley, previa delegación de las Cortes Generales (Decretos Legislativos) o en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (Decretos-leyes), pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman (fj. 1).

2) *Legislación de urgencia*

La legislación de urgencia consiste en la atribución al Gobierno, directamente por la Constitución, de la *potestad* de dictar disposiciones legislativas (imprecisamente calificadas por el artículo 86.1 de provisionales) en el caso en que ocurra una determinada circunstancia «habilitante». La potestad de la que hablamos nace con limitaciones explícitamente previstas por la Constitución que restringen su contenido posible con relación a la potestad legislativa parlamentaria (artículo 86.1), además de otorgar a las Cortes un poder de control a *posteriori* sobre el ejercicio de la potestad gubernamental (artículo 86.2 y 3).

La razón de que la Constitución permita al Gobierno dictar normas con rango de ley sin la previa intervención de las Cortes se debe a la previsión de situaciones de necesidad que requieran una

urgente intervención normativa con fuerza de ley. Hay acuerdo hoy día en que sin semejante posibilidad el Estado queda eventualmente expuesto a verse imposibilitado para actuar por una legislación pensada para situaciones de normalidad, teniendo en cuenta la lenta tramitación parlamentaria de un proyecto de ley, incluso por el procedimiento de urgencia.

Semejante fundamento conlleva una articulación de esta potestad diferente de la establecida por la delegación legislativa en el artículo 82 y siguientes puesto que una intervención previa del Parlamento podría dar al traste con la eficacia pretendida. De ahí que mientras que en la delegación la Constitución *autoriza a las Cortes* a que atribuyan al Gobierno una potestad limitada para dictar normas con fuerza de ley, en la legislación de urgencia *la habilitación la efectúa directamente la Constitución* (21), relegando la intervención del titular ordinario de la función legislativa a un control *a posteriori*. De tal manera que el Gobierno está habilitado *ex constitutione* a dictar normas con fuerza de ley cuando se dé el denominado hecho habilitante: una situación de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1).

El Tribunal Constitucional ha perfilado ya en mayor o menor grado algunas de las cuestiones planteadas por la figura D-1 y señaladas por la doctrina (STC 29/822, 6 y 111/83): delimitación precisa del ámbito material excluido del D-1, delimitación del hecho habilitante como situación no ordinaria, pero tampoco excepcional, determinados parámetros de residenciabilidad del hecho habilitante ante el propio Tribunal Constitucional, etc. A los efectos de este estudio, sin embargo, tan sólo nos interesa señalar algunos rasgos que no han sido cuestionados por nadie hasta el momento.

— Carácter legislativo de los D-1, tal como se deduce de los propios términos constitucionales («disposiciones legislativas»), que les otorga el mismo rango que las leyes y hace que su conocimiento corresponda al Tribunal Constitucional (STC 29/82 de 31-5-82, fj. 1 y 2). Carácter que lleva a concluir que se trata de una actividad legislativa extraordinaria y que queda por tanto englobada, pese a su titularidad gubernamental, en la función legislativa del Estado.

(21) En este sentido J. SALAS, *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 27-29.

— La potestad de dictar Decretos-leyes es una potestad específica cuyo único contenido posible es el previsto por el artículo 86.1. No tiene relación alguna con la potestad legislativa de las Cortes Generales (artículo 66) de la que emanan las leyes (ejercicio ordinario de la función legislativa del Estado), con la potestad de dictar Decretos Legislativos (artículo 82 y sigs., otro potestad de ejercicio extraordinario de la función legislativa) ni con la potestad reglamentaria (artículo 97, de la que emanan reglamentos, de rango inferior a la ley). Si los poderes públicos sólo pueden actuar mediante potestades, dictar normas con rango de ley sin la previa intervención parlamentaria sólo le es posible al Gobierno en virtud de la potestad que al efecto le da el artículo 86 CE y dentro de sus términos y límites.

— Respecto al control de las Cortes sobre el producto de esta potestad gubernamental, tanto si el Congreso simplemente convalida o deroga el D-l como si lo tramita como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, es evidente que nos encontramos con un reconocimiento del papel prioritario y decisivo de las Cortes en relación con la función legislativa que le permite, ante un ejercicio extraordinario de la misma por un órgano distinto, decidir en última instancia sobre las normas emanadas de tal ejercicio, en el mismo sentido en que actúa el artículo 82 respecto a la delegación legislativa.

C. *Legislación delegada*

a) *Naturaleza jurídica de la delegación legislativa*

La Constitución española regula la figura de la delegación en los artículos 82-85 con bastante minuciosidad; de ellos, el artículo 82.1 describe sucintamente el contenido esencial de la delegación: «Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley...» Es necesario entrar en un análisis detallado de estos artículos para dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de esta «delegación de potestad» que proporciona un fundamento constitucional al Gobierno para «dictar normas con rango de ley».

Hoy día está generalmente admitido que no se puede intentar

explicar la naturaleza jurídica de la delegación legislativa con determinadas figuras tomadas del derecho privado y utilizadas en un tiempo, pues chocan con postulados propios del derecho constitucional e incluso con prescripciones jurídico constitucionales positivas. Así, se ha señalado ya con frecuencia la inadecuación de la figura de la representación privada o del mandato representativo para tal labor, con argumentos que vamos a repetir aquí sucintamente (22).

La representación en derecho privado es la actuación de un representante en nombre de su representado de forma que los efectos jurídicos de la actuación de aquél —dentro, claro está, de los límites de la representación recibida— se producen, sin embargo, en la esfera jurídica del representado. Es obvio que dicho esquema no se ajusta a la actuación del poder ejecutivo en la delegación legislativa. El Gobierno, en virtud de la delegación, dicta por su propia autoridad —no en nombre de otro— normas que significan una modificación del ordenamiento jurídico, pero no se produce en forma alguna una modificación de la eventual esfera jurídica del delegante (en este caso las Cortes Generales). Los mismos argumentos valen también para rechazar la analogía de la delegación con el contrato del mandato representativo (23).

Tampoco sirve otro instituto, éste de derecho público, que ha sido utilizado para explicar la delegación legislativa, la representación política, figura político-constitucional que no es equiparable a la representación jurídico privada. En efecto, lo que se denomina representación política viene a ser más bien una relación de representatividad entendida como comunidad o coincidencia básica de interés entre representantes y representados, relación que se pretende alcanzar mediante determinados procedimientos técnico jurídicos que, en la actualidad y en el marco de las democracias constitucionales, se reducen prácticamente a uno, el proceso electoral. No tiene, por consiguiente, la más mínima relación ni con la representación jurídico privada ni con la delegación legislativa.

(22) Sobre ambas figuras jurídicas, *vid.* D. ESPÍN, *Derecho Civil Español*, R. Derecho Privado, Madrid, 1982, vol. 1, pág. 525; *ibíd.* 1983, vol. III, págs. 656 y sigs.

(23) En igual sentido E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, pág. 100.

Sí responde, en cambio, el fenómeno de la delegación legislativa al esquema de otra figura jurídica existente en derecho privado, la *Ermächtigung* o habilitación alemana (24). La habilitación consiste en la autorización por parte de una persona para que otra realice *en nombre propio* un negocio jurídico cuyas consecuencias, sin embargo, se imputan a la esfera jurídica de la primera. Como veremos seguidamente, éste es un esquema análogo al de la delegación legislativa, aunque evidentemente, subsisten las diferencias entre el mundo jurídico privado (esferas jurídicas de particulares) y el público (poderes públicos y potestades respectivas).

La explicación doctrinal dominante en la actualidad en Italia —no en nuestro país—, es la que ve en la delegación legislativa una *atribución limitada del poder de ejercicio de la propia potestad legislativa del Parlamento* (25). De acuerdo con tal construcción, el Parlamento delegaría en el Gobierno la facultad de ejercer en los términos de la delegación la potestad legislativa, conservando aquél tanto la titularidad como la posibilidad genérica de ejercicio de la misma. Esta posición vendría apoyada por el tenor literal de la Constitución italiana. En efecto, en el artículo 76 de la misma se afirma que «el ejercicio de la función legislativa no podrá delegarse al Gobierno si no es con determinación de principios o criterios directivos...».

(24) *Apud*. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 104 y sigs.

(25) Entre la doctrina italiana, C. MORTATI define la figura de la delegación como «*trasferimento temporaneo dell'esercizio della competenza propria di un organo ad un organo diverso, in virtù di un atto di volontà del premio, il quali conserva la titolarità del poder*», *op. cit.*, II, pág. 764. *Vid.* entre otros, en el mismo sentido de considerar la delegación legislativa como el ejercicio por parte del Gobierno de la potestad legislativa propia del Parlamento, pese a posibles matices diferenciales entre ellos, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto...*, citado pág. 276; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *op. cit.*, pág. 487. P. VIRGA, *op. cit.*, pág. 209. En España, aparte la doctrina dominante de la «delegación recepticia» que luego analizamos, se encuentra tanto algún autor que mantiene posiciones semejantes a la mayoritaria en Italia como otras posturas menos elaboradas. Entre los primeros, R. CALVO ORTEGA, «Consideraciones sobre la delegación legislativa en materia de impuestos directos», en *Rev. Der. Financiero*, núm. 80, 1969, págs. 235 y sigs.; entre los segundos, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 113, quien habla de subrogación o sustitución de las Cortes por el Gobierno.

Sin embargo, la doctrina italiana más reciente ha criticado también, justificadamente a nuestro juicio, la delegación del «ejercicio» de la potestad legislativa. PALADÍN resumen así los principales argumentos en contra de la misma: en primer lugar, la falta de valor vinculante de las definiciones legislativas, con relación al texto italiano del artículo 76 citado. Esto viene reforzado por el hecho de que la Constitución italiana utiliza también el término delegación con contenidos manifiestamente distintos (artículos 19 y 118). Asimismo, por el hecho de que las Cámaras retienen la plena titularidad y ejercicio de la potestad legislativa, puesto que pueden revocar la delegación o ejercitar su potestad legislativa incluso sobre el objeto de la delegación. Y, por último, con argumentos de carácter más genérico e igualmente más susceptibles de opinión según admite el propio PALADÍN, como la intransmisibilidad de los poderes jurídicos o la indisociabilidad de los derechos subjetivos en dos momentos de titularidad y ejercicio (26). Otra razón, a mi juicio más determinante, es la imposibilidad de considerar como una misma potestad a la parlamentaria, que carece de otros condicionamientos que los constitucionales, y a la potestad normativa que se atribuye al Gobierno en virtud de la delegación, que es una potestad condicionada y limitada tanto por la propia Constitución como por la ley de delegación y, por tanto, necesariamente distinta. Este es el principal argumento empleado por CERVATI, quien atribuye igualmente gran importancia como prueba de que no hay delegación de ejercicio al hecho de que la delegación no se manifieste en una disminución de la potestad legislativa parlamentaria (27).

En resumen, esta reciente corriente doctrinal considera que la competencia gubernamental para dictar Decretos Legislativos es, más que la transferencia del ejercicio de otra potestad, un poder nuevo, una competencia distinta a la legislación parlamentaria y atribuida no por la Constitución, sino por la propia ley delegante (CERVATI) que es por tanto una ley atributiva de competencia (28).

(26) L. PALADÍN, «Decreto Legislativo», en *Novissimo Digesto Italiano*, V, UTET, Torino, 1957, pág. 294.

(27) Cfr. A. A. CERVATI, «Legge di delegazione e legge delegate», en *Enciclopedia del Diritto*. XXIII, págs. 939-942; *ibid.*, *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 5 y sigs.

(28) CERVATI, «Legge di...», *ibid.*; «La delega...», págs. 116 y sigs., de L. PA-

La Constitución se limita a prever, por tanto, la posibilidad de que se produzca la delegación-atribución de competencia que se actúa por voluntad del legislativo dentro de los términos constitucionales. Con respecto a la Constitución española, la delegación legislativa cabe enfocarla en los mismos términos. A lo largo del análisis que sigue tratamos de ver si las prescripciones de los artículos 82-85 configuran efectivamente los Decretos Legislativos como la posibilidad de una atribución al Gobierno, por parte de las Cortes, de una potestad nueva, cuyo contenido básico es dictar normas con rango de ley dentro de ciertos límites previstos en los artículos constitucionales citados y en la ley delegante.

Desde luego los términos del artículo 82.1 son bastante claros en el sentido de que las Cortes pueden facultar al Gobierno a dictar normas con rango de ley excepto sobre determinadas materias. Las Cortes, por tanto, efectúan una habilitación que la Constitución describe como «delegación de potestad». Se trata de una habilitación expresa y rodeada de múltiples límites, condicionamientos y requisitos (artículos 82 y 83) *que impiden aceptar que exista transferencia total o parcial, de la potestad legislativa prevista en el artículo 66.2 ni siquiera referida simplemente a su ejercicio*. Y menos todavía podría hablarse de sustitución de las Cortes por el Gobierno; uno y otro órgano constitucional siguen en sus posiciones respectivas a cargo de sus funciones propias, sólo que, además, el Gobierno puede excepcionalmente, en los términos de la ley de delegación, dictar normas con rango de ley en virtud de una expresa atribución de competencia. Vamos a ver con más detenimiento cada uno de los elementos de la delegación en la Constitución española.

- a.1. La delegación consiste en una habilitación para ejercer la función legislativa mediante la atribución de una potestad nueva

La habilitación se produce mediante la atribución de una *potestad* cuyo contenido es el de *dictar normas con rango de ley* en los términos previstos por el propio artículo 82 y siguientes, potestad

LADÍN, *vid.* también «Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974, 3, págs. 1502 y sigs.

que por tanto pertenece a *la función legislativa*. El artículo 82.1 dice literalmente que «las Cortes podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior» (esto es, sobre las materias reservadas a ley orgánica). El que se aluda a una «delegación de potestad» es lo que parece plantear el problema de que se trata de la misma potestad legislativa de las Cortes (la atribuida por el artículo 66.2), dado el significado del término delegación (habitualmente entendido como cesión de algo propio) y la interpretación tradicional dominante de la delegación legislativa como habilitación para el ejercicio de la propia potestad legislativa parlamentaria, congruente con dicha acepción del término delegación.

No es necesario repetir los argumentos contrarios a considerar que pueda haber una transferencia del ejercicio de una potestad propia por parte de las Cortes, expuestos con relación a la doctrina italiana. Simplemente vamos a insistir en la mayor plausibilidad de considerar la delegación como una atribución de una potestad normativa específica con un contenido que difiere en exceso del de la potestad legislativa del artículo 66.2 como para aceptar que se trate de una habilitación para el ejercicio, aun con limitaciones, de la misma. En efecto, pese a que el artículo 84 CE pudiera aparentemente apoyar la tesis de la identidad entre la potestad legislativa de las Cortes y la gubernamental del artículo 82 (*vide infra*) son más fuertes los argumentos en contra de tal identidad. En primer lugar, la ley de delegación es una atribución específica de potestad y, por tanto, de un poder formalmente nuevo; en segundo lugar, el ámbito material de ambas potestades es diferente; y, en tercer lugar, este nuevo poder se ajusta a formas procedimentales completamente diversas a las de la potestad parlamentaria (29).

En relación con el primer punto, no parece haber razones para dudar que la potestad de dictar normas con rango de ley no es atribuida por la Constitución, sino por la propia ley delegante. Aquella *autoriza a las Cortes* a que faculden al Gobierno a dictar normas con rango de ley; los términos del artículo 82.1 son claros al respecto: «Las Cortes *podrán* delegar en el Gobierno...» Serían, pues, las Cortes las que mediante una ley de bases o una ley ordi-

(29) A. A. CERVATI, «Legge di...», pág. 946, n. 20.

naría otorguen la delegación legislativa (artículo 82.2) si lo estiman conveniente. La Constitución simplemente prevé tal posibilidad, algo que es imprescindible por las razones vistas anteriormente en relación con el principio de la separación de poderes.

Por otro lado, la distinción antes explicada entre función como una actividad definida materialmente y encaminada a una determinada finalidad, y potestad, como facultad formal concreta mediante la que se articula una función material del Estado, puede ayudar a interpretar los términos empleados por la Constitución española y que podrían hacer pensar en la identidad entre ambas potestades normativas de los artículos 66.2 y 82. Puede, en efecto, interpretarse que el término «delegación» empleado en el artículo 82.1 CE, en cuanto transferencia de algo perteneciente al delegante, es una referencia a la *función legislativa*.

Recordando los términos vistos al analizar el principio de la separación de poderes: la CE adscribe la función legislativa a las Cortes mediante la atribución de una potestad legislativa en el artículo 66.2, potestad que por su generalidad cubre todo el ámbito material de la función legislativa del Estado central. Ahora, en el artículo 82, la Constitución autoriza a las Cortes, titular de la función legislativa, a atribuir al Gobierno una potestad mucho más limitada, material y formalmente, que por su contenido pertenece también a «su» función legislativa.

De esta manera, la función legislativa, que, como consecuencia de la división de poderes, pertenece en principio a las Cortes, puede ser parcialmente «delegada» en el Gobierno, sin tocar la propia potestad legislativa parlamentaria, autorizando a las Cortes para atribuir por ley al Gobierno una potestad normativa de ámbito más restringido que la suya propia. Esta interpretación (delegación de función mediante la atribución de una potestad), resulta también más ajustada para los términos del artículo 76 de la Constitución italiana, según los cuales se produce una «delegación del ejercicio de la función legislativa», que es literalmente la interpretación que planteamos. De forma algo más inexacta, también los términos de la Constitución española de «delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley» puede interpretarse sin dificultad

como una delegación funcional mediante la atribución de una potestad.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con la delegación legislativa en la sentencia 51/82 de 10 de julio. En ella se remite al planteamiento hecho en la sentencia 29/82 de 31 de mayo, que ya analizamos, relativa a los Decretos-leyes. Así afirma el Tribunal Constitucional, «como ya dijo este Tribunal en su Sentencia de 31 de mayo de 1982 (...) las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario (artículo 66.2 y 1.2 de la CE), no obstante lo cual la propia Constitución autoriza al Gobierno para que dicte normas con rango de Ley, bien por delegación de las Cortes (Decretos Legislativos) o bien bajo la forma de Decretos-leyes...». Nos remitimos al análisis que ya hicimos de la primera sentencia y de su compatibilidad con la posición mantenida en este estudio.

A continuación y en relación con la delegación legislativa el Tribunal añade: «El ejercicio por parte del Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de ley previa delegación legislativa está sometida a unos requisitos formales contenidos en el artículo 82 de la CE que tienden a delimitarlo, encuadrándolo en un marco necesariamente más estrecho que aquél en el que se mueven las Cortes Generales en cuanto órgano legislador soberano». Descripción que destaca la diversa relevancia de las potestades respectivas, la legislativa de las Cortes del artículo 66.2 y la gubernamental del artículo 82 y que encaja plenamente con nuestro análisis.

La perspectiva procedimental, aunque menos determinante, no carece sin embargo, de importancia. Es obvio que el procedimiento empleado por el Gobierno para la elaboración de un Decreto-Ley es manifiestamente distinto al que las Cortes utilizan para legislar: la heterogeneidad de ambos órganos hace imposible toda similitud procedimental. Los respectivos procedimientos vienen recogidos en normas diversas: la propia Constitución (artículos 75, 81 y sigs.), desarrollada por los reglamentos parlamentarios en un caso, la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 129 y sigs.) en el otro. En cualquier caso, esta diferencia procedimental sirve al menos para confirmar que se trata de potestades diversas ejercidas por órganos

distintos que se ajustan a procedimientos de actuación radicalmente diferentes.

Por último, si las potestades contempladas por los artículos constitucionales 66.2 y 82 son diversas, el producto de su ejercicio lo constituyen en ambos casos normas de naturaleza legislativa con el mismo rango: el artículo 82.1 le atribuye expresamente la norma emanada del Gobierno por delegación (el Decreto Legislativo) el mismo rango formal que la ley. La única diferencia del D-L con las leyes es que están condicionados en cuanto a su forma de producción y contenido por la ley de delegación (30). La cuestión de la denominación es resuelta por la Constitución mediante la utilización de un término ya empleado por la doctrina con anterioridad, el de Decretos Legislativos (artículo 85), que en su segunda parte hace una inequívoca referencia a la naturaleza legislativa de tales normas, producto del ejercicio extraordinario por el Gobierno de la función legislativa mediante una potestad propia y específica. No hay, por tanto, remisión alguna al ejercicio de la potestad reglamentaria, tema que luego tratamos por extenso.

a.2. La delegación es una habilitación expresa y referida exclusivamente al Gobierno

Así lo establece taxativamente el artículo 82.3: «La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa...», y luego en términos negativos: «No podrá entenderse concedida de modo implícito...» Evidentemente se pretende no mermar en lo más mínimo la libre decisión de las Cámaras a la hora de efectuar una delegación, evitándose las delegaciones implícitas que pueden ser una fuente de abusos por parte del poder ejecutivo y motivo de enfrentamientos constitucionales. En la medida en que la delegación consiste esencialmente en una habilitación de las Cortes para que

(30) Este hecho es el que le hace considerar a C. MORTATI que los decretos legislativos constituyen fuentes subprimarias, puesto que a diferencia de leyes parlamentarias no tienen como único límite la Constitución, sino también los vínculos determinados en el acto de la delegación, pese a que estén equiparadas a las leyes en cuanto a su régimen jurídico; *op. cit.*, vol. II, pág. 772.

el Gobierno ejerza la función legislativa de la que ellas son titular ordinario, es perfectamente lógico que se requiera una inequívoca y expresa declaración de voluntad del delegante. De lo contrario, ese ejercicio dependerá más del beneficiario de la delegación, al Gobierno, que del delegante, con lo que quedaría en entredicho la titularidad parlamentaria de la función legislativa.

En cuanto al beneficiario sólo puede serlo el Gobierno, pues es quien únicamente se lo otorga la Constitución, tanto de una manera expresa y repetida (artículo 82.1: «Las Cortes podrán delegar en el Gobierno...»; 82.3: «La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno...») como, para mayor garantía, prohibiendo taxativamente la subdelegación.

En efecto, el tercer párrafo del artículo 82 afirma: «Tampoco podrá permitir» —la ley de delegación— «la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno». Ello implica que las Cortes no pueden autorizar a que el Gobierno, a su vez, delegue en otro órgano la facultad que ha recibido de dictar normas con rango de ley. Semejante prohibición va más allá de la aplicación del principio *delegata potestas non delegatur*, puesto que éste rige sin necesidad de ser formulado expresamente en ausencia de una autorización expresa de subdelegación. Pues bien, lo que hace precisamente el citado precepto constitucional no es tanto prohibir al Gobierno la subdelegación, que es algo que estaría fuera de discusión, sino *prohibir a las Cortes que autoricen la subdelegación*. Sólo así puede interpretarse el último inciso del artículo 82.3, que es bastante claro: (La delegación legislativa)... «Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.»

Evidentemente, lo que sí hace la prohibición a las Cortes de autorizar la subdelegación es ratificar la prohibición de la subdelegación por propia iniciativa gubernamental, pues, aparte el principio general antes citado, sería absolutamente contradictorio e incoherente que las Cortes no pudieran autorizar la subdelegación y si pudiera llevarla a cabo el Gobierno por propia autoridad.

a.3. La potestad otorgada habilita para un «ejercicio»
único y limitado de la función legislativa

En efecto, las Cortes no delegan de manera indeterminada o global el ejercicio de la función legislativa. Por el contrario, tan sólo autorizan un ejercicio limitado de la función legislativa al atribuir al Gobierno una potestad normativa de contenido diferente y mucho más restringido que el de la propia potestad legislativa. La determinación del objeto de la potestad que la ley delegante ha de atribuir al Gobierno se efectúa mediante prescripciones constitucionales bastante detalladas (31). Así, se indican las siguientes limitaciones:

— Exclusión total de ciertas materias consideradas de especial relevancia y sobre las que las Cortes no pueden delegar el ejercicio de la función legislativa ni en términos limitados. Estas materias son las que exigen regulación por medio de ley orgánica (artículo 82.1), y vienen enumeradas en el artículo 81.1, como es sabido: las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas con ese carácter por la Constitución. Aparte el referido argumento de fondo, hay una procedimental suplementaria para excluir tales materias de la delegación: la especificidad de la ley orgánica reside precisamente en la necesidad de ser aprobada por mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Sería, por tanto, verdaderamente paradójico que se pudiera obviar semejante requisito agravatorio mediante una delegación al Gobierno.

— La delegación se otorga «para materia concreta y con fijación

(31) Frente a la opinión expresada por A. GARRORENA, creemos que la abundancia de precauciones frente a los DL. (al igual que frente a los D-1) no responde a su naturaleza reglamentaria, sino, muy al contrario, a su naturaleza legislativa. Es evidente que la potestad reglamentaria tiene un régimen de subordinación a la ley que hace innecesarias expresas precauciones constitucionales. Es precisamente en la medida en que se atribuye al ejecutivo la potestad de dictar normas con rango de ley —lo cual implica el ejercicio de la función legislativa—, cuando es necesario circunscribir minuciosamente el ámbito y los límites de la competencia atribuida. Cfr. *El lugar de la ley en la Constitución española*. CEC, Madrid, 1980, págs. 119-125.

de plazo para su ejercicio» (artículo 82.3), insistiéndose en el mismo apartado que no podrá entenderse concedida «por tiempo indeterminado». Obviamente, contrariaría el carácter de la delegación el que ésta versase sobre una materia indeterminada, convirtiéndose, por tanto, en una delegación en blanco que implicaría una cierta renuncia parcial del legislativo a su titularidad sobre la función legislativa, al permitir al Gobierno dictar una norma con fuerza de ley sobre cualquier materia libremente decidida por él. De forma semejante la limitación temporal tiende a evitar que se ejercite la delegación tanto tiempo después de concedida que pudiera pensarse en un posible cambio de circunstancias o de la voluntad del delegante; si transcurrido el plazo sin haber sido ejercitada la delegación subsisten las mismas necesidades legislativas y a voluntad parlamentaria, siempre podrán las Cortes dictar una nueva ley de delegación. Es un mecanismo automático de garantía que evita un eventual recurso al procedimiento del artículo 84 CE último inciso, una vez transcurrido el plazo concedido al Gobierno.

Los dos apartados siguientes (82.4 y 5) insisten sobre la determinación del contenido de la norma que ha de dictar el Gobierno en los tipos de delegación previstos por la Constitución (artículo 82.2) (32). Así, las leyes de bases para la elaboración por el ejecutivo de un texto articulado «delimitarán con precisión el objetivo y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio» (apartado 4). Y las leyes de delegación ordinarias para que el gobierno refunda en uno varios textos legales, determinarán «el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» (apartado 5).

Asimismo, el artículo 83 introduce dos nuevas limitaciones al eventual contenido de los Decretos Legislativos al prohibir que las

(32) A nuestro juicio no cabe duda de la naturaleza delegativa de la refundición de textos legales por el Gobierno, tanto por la expresa prescripción del artículo 82,2 como por razones de dogmática jurídica, pues, tras la publicación del texto refundido dejan de tener vigencia los textos legales previos que han sido subsumidos en aquél.

leyes de bases autoricen la modificación de la propia ley de bases o que faculten para dictar normas de carácter retroactivo.

— La delegación se otorga para la elaboración de un único Decreto-Ley. Así lo establece expresamente —aunque ello va ínsito en la propia naturaleza de la institución— el artículo 82.3: «La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente.» Esto no impide que una ley de delegación pueda plasmarse en varios Decretos-Leyes, siempre que tal posibilidad se deduzca con claridad de sus términos. De lo que se trata es de impedir que una delegación permita al Gobierno dictar normas *sucesivas* sobre el mismo objeto de la delegación. Ello implicaría, como en el caso de la delegación en blanco, una importante limitación a la titularidad parlamentaria sobre la función legislativa, pues le otorgaría al Gobierno la potestad para legislar repetidamente con fuerza de ley sobre un sector del ordenamiento jurídico, aunque fuese durante un determinado plazo de tiempo y en los términos limitados de la ley de delegación.

Aunque todo lo dicho no agota las características de los condicionamientos a los que queda sometido el ejercicio de la función legislativa por el Gobierno en virtud de una delegación legislativa, si es suficiente para comprobar que la potestad para dictar Decretos Legislativos atribuida al Gobierno tiene un contenido claramente distinto al de la potestad legislativa parlamentaria. Evidentemente en ambos casos se trata de dictar normas que poseen la misma fuerza, pero frente a la ausencia de límites materiales para la ley parlamentaria —dentro de la competencia legislativa del Estado y del respeto a la Constitución—, el Decreto-Ley no puede versar sobre ciertas materias ni poseer carácter retroactivo. Frente a la plena libertad de ejercicio de la potestad legislativa, la delegación limita al Gobierno a dictar una norma en un plazo determinado y por una sola vez. Frente a la ausencia para la ley (en sus diversas manifestaciones) de fuentes superiores aparte de la Constitución el Decreto-Ley no puede contradecir a la propia ley delegante.

a.4. Permanencia en manos de las Cortes Generales de la plena potestad legislativa

De lo dicho anteriormente se deduce sin lugar a dudas que, por un lado, las Cortes continúan ostentando la titularidad de la función legislativa atribuida a las mismas por la Constitución en la forma ya vista, en virtud de su carácter directamente representativo del pueblo español, en quien reside la soberanía. La delegación legislativa no atenta a dicha titularidad dado su carácter extraordinario, la limitación de la potestad otorgada y el hecho básico de que su atribución depende de la voluntad de las Cámaras. Y por otro lado, la genérica potestad legislativa otorgada por la Constitución en el artículo 66.2 a las Cortes no es cedida por éstas ni total ni parcialmente a través de la delegación. Mediante éste lo que se atribuye por las propias Cortes al Gobierno, que por diversas razones puede estar ocasionalmente mejor capacitado que ellas mismas para un ejercicio concreto de la función legislativa, es *otra potestad* que le habilita para dictar normas con rango de ley de forma limitada y bajo control parlamentario.

Todo esto queda ratificado por lo prescrito en el apartado 6 del artículo 82 y por el artículo 84. El primer precepto determina que «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control».

En efecto, las Cortes tienen plena libertad para imponer medios de control suplementarios a los jurisdiccionales, como podrían serlo, a título meramente de ejemplo, una votación sobre el texto elaborado por el Gobierno antes de su promulgación, su examen por la Comisión correspondiente, la posibilidad de enmendar dicho texto, etcétera. La posibilidad de establecer cualquiera o varios de ellos no hace sino ratificar la titularidad del Parlamento sobre la función legislativa, puesto que la autorización para su ejercicio por el ejecutivo puede acompañarla de tantas prescripciones limitadoras como desee, parte de las que de forma imperativa determina la Constitución.

En consecuencia no parece aceptable la tesis de que los procedimientos de control suplementarios que eventualmente introduzcan

las Cortes en la ley de delegación no puedan prever actos parlamentarios valorativos de carácter vinculante respecto al contenido del Decreto-Ley, bajo la argumentación de que convertirían al mismo en un acto complejo, mientras que la Constitución lo configura como una competencia gubernamental; así ocurriría de acuerdo con tal tesis en caso de que se requiriese el parecer vinculante de una Comisión o una votación parlamentaria sobre la totalidad del texto, etcétera. Creemos por el contrario que en la medida en que tales requisitos sean *previos a la promulgación* del Decreto-Ley son perfectamente aceptables, sea cual sea la calificación jurídica que se haga de los mismos o de sus consecuencias. Pues si bien efectivamente los Decretos-Leyes son competencia gubernamental, se trata precisamente de una competencia que las Cortes le atribuyen en los términos que ellas deseen dentro del marco de los artículos 82-85 de la Constitución, que en modo alguno excluye tales condicionamientos. En otras palabras, es la propia Constitución la que expresamente permite que las Cortes introduzcan controles que eventualmente mediaten la sola actuación normativa del ejecutivo en virtud de delegación (33). No serían posibles, en cambio, una vez promulgado un Decreto-Ley, puesto que entonces nos encontramos ante una norma de rango legal ya perfecta y cuya vigencia sólo puede resultar afectada por otra norma con fuerza de ley, en virtud del principio del *contrarius actus*, o bien, claro está, como consecuencia de un eventual recurso de inconstitucionalidad.

Pese a que una lectura superficial pudiera inducir a pensar lo contrario, el artículo 84 ratifica por su parte la plena titularidad de las Cortes sobre la potestad legislativa atribuida a las mismas

(33) En contra, cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos», *R. de Derecho Político*, núm. 10, págs. 101 y sigs., UNED, Madrid, 1981. En el sentido del texto, con relación a la constitución italiana, la mayor parte de la doctrina de aquel país; *vid.* A. A. CERVATI, «Leggi di...», *cit.*, págs. 946-47 y bibliografía allí citada en nota 23 y 24. También en Alemania y con referencia a los reglamentos jurídicos (que requieren una habilitación tan severa como nuestra delegación), competencia exclusiva del Gobierno, se admite la posibilidad de condicionar su emisión al acuerdo del Bundestag (e incluso, aunque es ya más discutido, a otros órganos), aparte los casos en los que la propia LFB requiere el acuerdo del Bundesrat (art. 80.2). *Vid.* MAUNZ-DURIG-HERZOG-SCHOLL, *Gundgesetz Kommentar*, Beck, München, 1980, art. 80, epígrafe VI, esp. parágrafos 60 y 61.

por el artículo 66.2 de la Constitución. Lo que hace el citado artículo 84 es racionalizar su ejercicio cuando existe una delegación legislativa en vigor, al objeto de evitar conflictos entre Gobierno y Cortes. Así, faculta a aquél para oponerse a la tramitación de una proposición de ley o de una enmienda —que presumiblemente provendrán de la oposición parlamentaria— contrarias a una delegación legislativa en vigor. Una delegación legislativa en vigor significa que aún no ha sido ejercida la delegación por el Gobierno y que se encuentra todavía transcurriendo el plazo necesariamente fijado por la ley delegante; no cabe otra interpretación, pues una vez publicado y en vigor el Decreto-Ley, la delegación no está ya en vigor, sino agotado por su uso.

De este modo, en caso de oposición parlamentaria a una delegación en vigor, la Constitución fuerza a ir directamente contra ella, presentando una proposición de ley derogando total o parcialmente la ley de delegación. No se impide, por tanto, que las Cortes puedan volverse atrás una vez otorgada una delegación: ello implicaría una vez más, una renuncia parcial a su propia potestad *ex* artículo 66.2 en lo que se refiere a la materia objeto de la delegación y durante el tiempo que el Gobierno se tomase para cumplimentarla. Pero ni siquiera se produce esa cesión parcial, puesto que las Cortes pueden alterar o anular la delegación en vigor, aunque tenga que ser de forma directa. Ello evita los problemas que podrían producirse en caso de contradicción entre el contenido del Decreto-Ley y del de cualquier ley de Cortes promulgada en el ínterin, que habría de resolverse por el criterio temporal y que dejaría al descubierto una discrepancia entre el Gobierno y las Cortes, cuando, al ejercer aquél la delegación, ha de seguir lo que se supone que constituyen criterios del delegante.

No hay, por tanto, una limitación en la titularidad de las Cortes sobre la potestad legislativa, del artículo 66.2, sino una racionalización, más que una restricción, desde su ejercicio. Y si no parece que pueda en realidad calificarse de limitación en sentido estricto es porque en último término las Cortes pueden en cualquier momento legislar en contra de la delegación otorgada, si bien previamente necesitan revocar de manera directa la delegación.

- a.5. No hay sustitución de las Cortes por el Gobierno ni ningún tipo de alteración en las posiciones constitucionales respectivas

En efecto, las Cortes Generales siguen siendo el órgano constitucional titular de la función legislativa del Estado mediante la potestad legislativa atribuida por el artículo 66.2 CE, la cual sigue ejerciendo de forma prácticamente irrestricta en los términos estipulados por la Constitución. No son, por lo tanto, sustituidas por Gobierno, órgano constitucional de mayor rango del ejecutivo; el cual, tan sólo a título extraordinario y por explícita previsión constitucional, queda habilitado, en virtud de delegación parlamentaria expresa, a ejercer una potestad normativa limitada y concreta que no atenta a la primacía de la potestad legislativa parlamentaria como manifestación de la función legislativa del Estado. En otras palabras, el Gobierno queda legitimado originariamente por la Constitución a ejercer la función legislativa, de la que es titular el Parlamento, a voluntad de éste, y en los términos y condiciones establecidos por la propia Constitución y concretados por las Cortes Generales. Semejante habilitación implica, consiguientemente, la atribución al Gobierno de una competencia para actuar, en concreto para ejercer la función legislativa en nombre propio. Se desvanece así la errónea concepción de la delegación basada en una sustitución del Parlamento por el Gobierno que utiliza los poderes de aquél o, lo que viene a ser lo mismo, en una transferencia de la *potestad* legislativa parlamentaria del artículo 66.2 al Gobierno, concepciones criticadas severa y acertadamente por la doctrina (34).

b) *Delegación legislativa y potestad reglamentaria*

Por lo que hemos visto hasta el momento, queda clara la diferente naturaleza entre la delegación legislativa, que es participación en la función legislativa mediante una potestad normativa atribuida caso por caso al Gobierno por las Cortes y la potestad reglamentaria, que es una potestad normativa propia integrada en la función

(34) *Vid.* en este sentido E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Legislación Delegada...», cit., págs. 109-110.

ejecutiva. Interesa, sin embargo, analizar con más detenimiento la heterogeneidad de ambas, desde una perspectiva histórica y doctrinal.

b.1. Análisis histórico

Al realizar un breve análisis histórico de la potestad reglamentaria y su relación con la delegación legislativa es preciso diferenciar los países anglosajones de los continentales. En efecto, en aquéllos, por diversas vías, se ha desembocado en una supresión completa de cualquier potestad normativa propia del poder ejecutivo. En el caso del Reino Unido la evolución histórica consolidó pronto el principio de la ilimitada soberanía parlamentaria. La temprana imposición de la autoridad del Parlamento impidió que subsistiera cualquier resto del poder normativo autónomo del Monarca, absorbiendo las Cámaras la función legislativa sin restricciones y evitando la aparición de poderes reglamentarios del Ejecutivo. En consecuencia, la eventual necesidad de que el ejecutivo dictase normas generales, ha tenido que encauzarse siempre por medio de la delegación legislativa: mediante ésta, el ejecutivo produce *delegated legislation* subordinada a la ley y que tan sólo cuando la ley delegante lo prevee explícitamente y en los términos en que lo haga puede ostentar fuerza de ley y modificar previas leyes parlamentarias. La doctrina británica ofrece como fundamento constitucional de la legislación delegada la mencionada soberanía ilimitada del Parlamento y la no vigencia en la Constitución británica del principio de la separación de poderes (obviando cualquier problema que una interpretación externa del mismo pudiera plantear) (35).

En los Estados Unidos, al aplicarse de manera más estricta que en el continente europeo el principio de la separación de poderes, desembocaron paradójicamente en una situación semejante a la

(35) Vid. A. V. DICEY, *An Introduction To the Study Of the Law Of the Constitution*, MacMillan, London, 1979, págs. 87 y sigs.; D. C. M. YARDLEY, *Introduction to British Constitutional Law*, Butterworths, London, 1978, págs. 68-72 y 111-114; M. FRAGA IRIBARNE, «La Legislación delegada y su control en la Gran Bretaña» *R. de la Universidad de Madrid*, 1954, núm. 11, págs. 295 y sigs. A. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, págs. 328 y sigs.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., págs. 53 y sigs; 80 y sigs.

británica, en la que el Congreso monopolizó el poder normativo. Consiguientemente, el ejecutivo sólo puede dictar normas mediante delegación que circunscribe el ámbito y características de las normas a elaborar, cuyo rango es por lo general subordinado al de las leyes parlamentarias, pero pueden también gozar de fuerza de ley, según los términos de la ley delegante. Mediante tales limitaciones se considera respetado el principio de la separación de poderes (36).

De todas maneras, la rígida interpretación de este principio, así como del postulado de la indelegabilidad de los poderes públicos, que se consideran ya delegados en los órganos constitucionales correspondientes por el pueblo (*delegata potestas non delegatur*) hace que se rechace una supuesta delegación de la función legislativa y que se prefiera hablar de la naturaleza «cuasi legislativa» o administrativa de las normas emanadas del ejecutivo, aunque tengan fuerza de ley (37). Ello no impide que el mecanismo coincida con el de la delegación en el sentido de habilitación para dictar normas generales (función legislativa material), lo cual no sería posible sin que mediase dicha habilitación (ni siquiera, tanto en el caso americano como en Inglaterra, de rango inferior a la Ley).

Así, pues, en los países anglosajones el Parlamento monopoliza la facultad normativa de forma que no existe la potestad reglamentaria del ejecutivo. Se acepta la delegación legislativa, pero sin atentar contra la soberanía parlamentaria (Gran Bretaña), o la división de poderes (Estados Unidos), que se salvaguardan mediante la primacía de la ley, la delimitación del contenido de la delegación y la expresa previsión en su caso, de la eventual fuerza de ley de la norma delegada.

En los países continentales la evolución constitucional fue por distintos derroteros. En Francia o España (38) la adaptación del principio de la separación de poderes fue compatible, desde la pri-

(36) Vid. B. SCHWARTZ, *op. cit.*, vol. II, págs. 83-85; A. GALLEGO ANABITARTE, *ibid.*, pág. 336; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., *ibid.*; P. G. GRASSO, «Decreto Legislativo», *Enciclopedia del distrito*, XI, pág. 874.

(37) E. CHELI, «*L'ampliamento...*», cit., pág. 504.

(38) Cfr. L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, cit., vol. IV, págs. 664 y sigs.; A. GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.* págs. 30 y sigs.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, cit., págs. 60 y sigs., 93 y sigs.

mera época del constitucionalismo, con un poder normativo general del ejecutivo subordinado a las leyes, en cuanto que era considerado de carácter ejecutivo de éstas: se trata ya sustancialmente de la misma potestad reglamentaria existente en la actualidad. Casi desde los primeros momentos fue admitiéndose también la práctica de los reglamentos independientes, no ejecutivos, que, aun respetando la primacía de la ley, estatuían sobre materias no reguladas anteriormente por ley.

Ahora bien, por ello, no se ponía en duda el carácter subordinado y reglamentario de semejantes normas: la primacía de la ley seguía incólume en el doble sentido de que la ley no tenía ninguna limitación para regular cualquier campo material y de que la fuerza de la ley era irresistible, derogando, por tanto, cualquier regulación reglamentaria previa que pudiera existir.

Sin embargo, y de forma separada (en Francia, ya con la Constitución de 1.830) apareció también la figura, bajo diversas denominaciones, de la delegación legislativa, como posibilidad de que el ejecutivo dictase normas generales con fuerza de ley por decisión expresa del poder legislativo. En efecto, dado que en los países continentales, el ejecutivo ya podía, en virtud de la potestad reglamentaria, dictar normas subordinadas a la ley de carácter ejecutivo ligada al hecho de que las normas así emanadas ostentasen fuerza de ley. Ello no obsta para que en el curso de la configuración de la potestad reglamentaria y la delegación legislativa surgieran figuras intermedias y confusiones doctrinales entre una y otra, especialmente en Francia (39).

Así, pues, la delegación legislativa aparece en unos y otros sistemas, pese a la variedad de regulaciones y de concepciones del instituto, como *posibilidad de que el Parlamento habilite al ejecutivo a dictar normas generales, con fuerza de ley en los sistemas continentales y en los anglosajones tan sólo eventualmente con semejante eficacia jurídica; capacidad normativa de la que, ambos sistemas, carece el poder ejecutivo a menos que medie la delegación.*

(39) Cfr. a título de ejemplo los análisis divergentes de los ya citados, L. DUGUIT, *Traité...* (II, págs. 136 y sigs., 188 y sigs.; III, págs. 681 y sigs., IV, págs. 664 y sigs.), y A. ESMEIN, *Eléments...* (II, págs. 75 y sigs.).

En Alemania, por el contrario, la tardía y peculiar adaptación del constitucionalismo liberal dio lugar a una evolución completamente diferente (40). Como consecuencia del principio monárquico la Monarquía conservó inicialmente poderes normativos propios equiparables a los del Parlamento (41). La forma en que el liberalismo pudo ganar terreno fue mediante la elaboración de un concepto material de ley: ley en sentido estricto (ley material) sería toda disposición general que afectase a la libertad y propiedad de los ciudadanos —los pilares del liberalismo, como LOCKE dejara ya en claro—, ámbito material que equivalía además al de Derecho, que se restringía a las relaciones entre ciudadanos y entre los ciudadanos y el Estado. Y toda ley material —toda norma jurídica, por tanto— debía contar, si provenía del ejecutivo, con autorización parlamentaria. Mediante semejante construcción los juristas liberales lograron que los reglamentos del ejecutivo que fuesen leyes materiales quedasen subordinados a la competencia parlamentaria: serían denominados reglamentos «jurídicos» (*Rechtsverordnungen*) en la medida en que penetraban en el ámbito del Derecho. Tales reglamentos jurídicos podrán tener, en función de los que determinase la ley de delegación, fuerza de ley (*Gesetzvertretenden Verordnungen*) o carecer de ella. En último término, fue una vía indirecta para lograr una reserva parlamentaria para tales sectores (libertad y propiedad de los ciudadanos) a través del concepto de ley material.

El precio que hubo que pagar fue el absurdo de excluir de la consideración de jurídicos (no eran derecho, por tanto), tanto las leyes formales del Parlamento que no afectasen a la libertad o la propiedad de ciudadanos (por ejemplo, el presupuesto, que todavía hoy es tan frecuente ver calificado de ley «solo formal») como los reglamentos del ejecutivo en iguales circunstancias («reglamentos administrativos» —*Verwaltungsverordnungen*).

La evolución en Alemania ha sido, como se ve, diferente y más compleja. Para dictar leyes materiales, con o sin fuerza de ley formal, el Gobierno necesitaba una habilitación o delegación parla-

(40) *Vid.* una buena síntesis de la evolución germana en D. JESCH, *Ley y administración*, IEA, Madrid, págs. 20 y sigs., y en CH. STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución Alemana*, CEC, Madrid, págs. 117 y sigs.

(41) CH. STARCK, *op. cit.*, pág. 120.

mentaria; fuera del ámbito jurídico, esto, es, en el campo organizativo de la Administración (con inclusión de las relaciones de sujeción especial), el Gobierno podía ejercer su potestad reglamentaria de manera discrecional. Así, pues, teniendo en cuenta el dualismo entre Monarca y Parlamento en cuanto a competencias normativas en la Alemania del pasado siglo, parece que la dependencia respecto a la ley de los reglamentos jurídicos consistía, más que en la atribución al Gobierno de una facultad normativa de la que carecía (como la delegación en los países anglosajones o en otros países continentales), en una habilitación para el ejercicio de la propia facultad normativa reglamentaria en determinados ámbitos materiales en los que los reglamentos adquirirían carácter jurídico y eventualmente fuerza de ley. Se trataría, en suma, de una exigencia del principio de legalidad (*vid. infra*), en la peculiar concreción germánica, ya que tales ámbitos habían sido reservados al Parlamento mediante la vía de la «ley material».

La evolución ha concluido en la Ley Fundamentalmente de Bonn con la supresión de la posibilidad de que los reglamentos jurídicos adquieran fuerza de ley (42) y con el sometimiento de los mismos, esto, es del ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias tradicionales que afectan a la libertad o propiedad de los ciudadanos —de acuerdo con la doctrina dominante— a una habilitación parlamentaria que se asemeja, por sus precauciones, a la delegación legislativa en ordenamientos como nuestro (artículo 80 LFB) (43); y ello pese a su rango reglamentario forzosamente inferior a la ley. Los restantes reglamentos «administrativos» —ejecutivos o limitados al ámbito organizativo de la administración— quedan sometidos en todo caso, como es natural, a la primacía de la Ley (artículo 86 LFB) (44).

Con este breve inciso histórico hemos querido únicamente poner de manifiesto los diversos tipos de evolución habidos en la configuración de las potestades normativas del ejecutivo, con objeto de

(42) TH. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, Beck, München, 1982, pág. 261; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLL, *op. cit.*, art. 80, parágrafo 7.

(43) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLL, *op. cit.*, comentario al art. 80.

(44) K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungssrechts der Bundesrepublik Deutschland*, F. Müller, Heidelberg, 1977, págs. 258-59.

constatar la *distinción entre potestad reglamentaria como poder normativo propio del ejecutivo y delegación como atribución por el Parlamento al ejecutivo de poder normativo, independientemente de las explicaciones dogmáticas habidas sobre la naturaleza de unos y otros poderes*: cuestión esta especialmente polémica en lo que se refiere a la naturaleza de los poderes normativos atribuidos mediante los diversos tipos de delegación en los ejemplos históricos mencionados, y que en este trabajo tan sólo analizamos en relación con la actual situación española (45).

Así, pues, en el mundo anglosajón no ha habido potestad reglamentaria, sino tan sólo delegación legislativa, con efectos, en cuanto a la fuerza de la norma emanada en virtud de la misma, que varían según la determinación de la propia ley delegante. En la mayoría de los países continentales la implantación del constitucionalismo basado en la separación de poderes no ha sido óbice para la subsistencia de un poder normativo propio del ejecutivo integrado en la función ejecutiva y con independencia de la delegación legislativa; poder reglamentario que se halla íntegramente subordinado a la ley, aun con la relativa peculiaridad de los reglamentos independientes. Y, además, se aceptó el fenómeno de la delegación, mediante la que el Parlamento autorizaba al ejecutivo, dentro de ciertos límites, a dictar normas con rango de ley.

En Alemania, en cambio, la supervivencia de una notable prerrogativa imperial forzó al Parlamento a ir ampliando por la vía de la «ley material» el campo en que la reglamentación del ejecutivo —poder normativo propio— necesitaba, sin embargo, autorización del Parlamento, con efectos diversos en cuanto a su fuerza jurídica en función de la habilitación parlamentaria; ha estado ausente, en cambio, la figura de la delegación legislativa en un sentido estricto, análogo al de los restantes países, de atribución de una potestad de la que el ejecutivo carecía previamente.

(45) Un buen análisis comparado desde esa perspectiva es el repetidamente citado de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, págs. 79 y sigs.

b.2. Análisis doctrinal

Ya hemos visto en anteriores apartados la diferencia de naturaleza entre la figura de la delegación legislativa y la potestad reglamentaria. Es necesario, sin embargo, hacer una reflexión específica sobre una explicación doctrinal que considera la delegación legislativa como un «reenvío recepticio» y a los Decretos Legislativos como reglamentos que asumen fuerza de ley, interpretación propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA y hoy dominante en la doctrina nacional (46). Los Decretos-Leyes no serían sino reglamentos emanados de la potestad reglamentaria en virtud de uno de los tipos existentes de delegación.

En efecto, la figura denominada delegación recepticia, que es la que nos interesa directamente, quedaría configurada de la siguiente manera. La ley de delegación no sería sino una ley de «reenvío recepticio anticipado», esto es, una ley que asume como propio el contenido, aun antes de conocerlo, de la norma a la que se remite, la cual ha de ser elaborada por el Gobierno en un campo que le estaba vedado y al que se le permite acceder en virtud de los términos establecidos por la propia ley delegante. Consecuentemente ésta le otorga al reglamento asumido —que pierde por lo tanto su autonomía— su propio rango de ley (sólo *intravires*), efecto este privativo y exclusivo de la delegación de carácter recepticio (47).

Se trata a nuestro juicio, de un análisis elaborado con el loable

(46) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 114 y sigs. También en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, vol. I, págs. 250 y sigs.

(47) GARCÍA DE ENTERRÍA da también una explicación alternativa a la figura de la delegación recepticia para explicar el mismo fenómeno de la delegación legislativa, y es la técnica de la «determinación *per relationem* del contenido de una voluntad que pretende efectos jurídicos». Según esta explicación, «la Ley delegante quiere, por de pronto, producir una regulación con rango de ley sobre la materia de que se trate; pero la determinación del contenido concreta de esa regulación queda deferida a un tercero, la Administración, cuya declaración se integrará como propia en el marco formal que la Ley presta»; *Curso...*, cit., I, pág. 254. Los argumentos expresados en el texto sobre la consideración de la delegación como un reenvío recepticio a la potestad reglamentaria, son aplicables igualmente a la explicación mediante la técnica de la determinación *per relationem*.

propósito de política jurídica de someter a control jurisdiccional los Decretos Legislativos en la situación jurídica anterior a la Constitución, lo que requería mantener la naturaleza sustancialmente reglamentaria de los Decretos Legislativos para permitir su control *ultra vires* por los jueces ordinarios. Hoy parece innecesario semejante esfuerzo, pues el control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos está constitucionalmente garantizado de manera satisfactoria.

Ya hemos rastreado el distinto origen histórico de la delegación legislativa y la potestad reglamentaria, así como su diferente naturaleza tal como quedan ambas figuras reguladas constitucionalmente. Podemos ahora precisar algunos puntos que complementan lo anterior.

I. Los términos empleados por la Constitución no inducen a considerar la ley de bases o la ley ordinaria de delegación como una norma de reenvío que hace suyo el contenido de otra norma. Es una ley con entidad propia como ley interpuesta y en cuya virtud el Gobierno podrá dictar otra norma; su contenido normativo es precisamente dicha atribución de potestad, así como el dar instrucciones al poder ejecutivo sobre los límites y características de la norma que aquél ha de elaborar, pero sin necesidad de que asuma su contenido o se confunda con ella. La ley de delegación queda en el ordenamiento como fuente de validez de la norma delegada, a la que permite en su caso enjuiciar. Por otra parte, el Decreto Legislativo dictado gracias a la autorización de las Cortes *rige por sí mismo con fuerza de ley* como lo prueba el hecho de que el propio Decreto Legislativo (de forma independiente a la ley de delegación) sea susceptible de recurso de inconstitucionalidad en tanto que norma con fuerza de ley (artículo 161.1 a y 163 de la Constitución y artículo 27.2 b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional LOTC), sin perjuicio, como añade el citado artículo de la LOTC, de lo previsto por el artículo 82.6 de la Constitución.

II. El apartado 6 del artículo 82 CE establece que, «sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control». Nada hay que añadir aquí en cuanto a las eventuales fórmulas adicionales de control. Sin embargo, la cláusula relativa a la compe-

tencia de los tribunales plantea algunas cuestiones de interés. En primer lugar, la de dilucidar a qué tribunales se refiere. A mi juicio hay que entender, dado el carácter genérico de la cláusula, que se refiere a cualesquiera tribunales, por tanto, en principio, tanto a los tribunales ordinarios como al Tribunal Constitucional (48). La competencia del Tribunal Constitucional ha sido explícitamente recogida en la LOTC (artículo 27.2 b) y asumida por el Tribunal Constitucional en la STC 51/82, de 19 de julio, en la que afirma que: «El Tribunal Constitucional cuando se someta a su control de constitucionalidad por la vía procesal adecuada, como lo es en este caso la cuestión de inconstitucionalidad, un determinado Decreto legislativo, debe conocer del mismo en razón de la competencia que le atribuyen los artículos 163 de la CE y 27.2 b de la LOTC y ha de resolver, en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales cimentados en la necesidad de determinar, de una parte, *si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada*, y de otra, si el precepto o preceptos cuya constitucionalidad se cuestione (...) es, por su contenido, contrario a la Constitución. Es cierto que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha de ejercerse sin perjuicio de reconocer la de otros Tribunales e incluso la eventual existencia de otras formas adicionales de control como dispone el artículo 82.6 de la Constitución, pero en el presente caso, en el que se cuestiona la constitucionalidad de un determinado precepto por razones formales y materiales y en el que el contenido de la norma cuestionada se refiere a materia constitucionalmente reservada a la Ley (artículo 117.3 de la CE), el Tribunal no puede eludir el juicio de inconstitucionalidad y ha de entrar a resolverlo considerando las posibles razones formales como un *prius* lógico respecto a las materias» (f. 1).

Hemos reproducido toda la consideración del Tribunal Constitucional porque deja sentada de manera indubitada su plena competencia para enjuiciar la constitucionalidad formal y materialmente

(48) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, quien interpreta la remisión a los tribunales del citado art. 82.6 como referido *sólo* a los tribunales ordinarios, pág. 83 y nota 11. Cfr. en cambio, en el sentido del texto, F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES, «La Jurisdicción Constitucional», en *La Constitución española de 1978* (dir. A. Predieri y E. García de Enterría), Civitas, Madrid, 1981, págs. 860-61.

de los Decretos Legislativos y nos evita insistir en este punto. Lo que queda es, por tanto, esclarecer cuál pueda ser la competencia de otros tribunales, esto es, de los tribunales ordinarios, que tanto la LOTC como el propio Tribunal Constitucional cuidan de dejar a salvo. Pues bien, aquí sólo interesa resaltar que la cláusula en cuestión no es una cláusula atributiva de competencia y no puede alegarse por consiguiente para afirmar que existe efectivamente una competencia de los tribunales ordinarios (49). La cláusula implica tan sólo que existen determinadas competencias propias de los tribunales en general, y este hecho queda ya cubierto en principio con la indiscutible competencia del Tribunal Constitucional. Para justificar, por tanto, una eventual competencia de los tribunales ordinarios hay que buscar un fundamento legal explícitamente atributivo de competencia al margen del artículo 82.6 CE. A este respecto y pese a que en realidad la existencia eventual de tal competencia no altera lo sostenido aquí una vez sentada la plena competencia formal y material del Tribunal Constitucional, pueden hacerse un par de observaciones. En primer lugar, recordar que como normas con rango de ley que son (artículo 82.1 CE), están excluidas en principio del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa LJCA). En segundo lugar, que, sin embargo, podría fundamentarse una determinada competencia de esta jurisdicción ordinaria en lo que se refiere al sometimiento de la Administración al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales (artículos 129-132 LPA), que ha de aplicarse también a los Decretos Legislativos pese al rango de ley que poseen, dada su condición de normas emanadas de la Administración (50).

Y, por último, que es competencia de los tribunales ordinarios plantear la cuestión de constitucionalidad cuando tengan dudas sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley (artículo 163 CE), por lo que esta facultad implica una competencia

(49) Sobre el significado de la cláusula «sin perjuicio» en cuanto cláusula no atributiva de competencia, sino de remisión a las normas específicamente atributivas, J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas lógico jurídicos*, Madrid, 1975, pág. 173; en concreto sobre el art. 82.6 de la Constitución, J. JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, págs. 82 y 97.

(50) En este sentido, J. JIMÉNEZ CAMPO, *ibíd.*, pág. 98.

de control sobre los Decretos Legislativos a cargo de los Tribunales ordinarios que indudablemente da también contenido al inciso del 86.2 en lo que a éstos se refiere, aunque la decisión quede deferida al Tribunal Constitucional.

III. Todo lo dicho hace difícilmente aceptable la presunta competencia de los tribunales ordinarios para controlar un eventual desarrollo *ultra vires* de una delegación legislativa por parte del Gobierno. Esta competencia se basó en la jurisprudencia anterior a la Constitución precisamente en la teoría comentada de la delegación recepticia, en la medida en que proporcionaba una vía de evitar la prescripción del artículo 1 LJCA, al mantener la naturaleza sustancialmente reglamentaria del Decreto Legislativo que sólo alcanzaba rango de ley en tanto se mantuviera dentro de los límites de la delegación. Si en su momento, ante la inexistencia de otra forma de control del desarrollo de una delegación, semejante jurisprudencia fue positiva, hoy la existencia del Tribunal Constitucional la hace innecesaria y disfuncional. Pese a ello, todavía tras la entrada en vigor de la Constitución ha habido alguna sentencia del Tribunal Supremo (TS) que ha mantenido la competencia de los tribunales ordinarios en este punto, con expresa fundamentación en que el Decreto Legislativo no alcanzaba el rango legal en aquello en que se hubiera excedido de la delegación (STS de 27-1-1979 de S. 3.^a y de 2-7 1980 de S. 2.^a). Hay que tener en cuenta las comprensibles dudas y vacilaciones de los primeros momentos de interpretación de la Constitución, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, por lo que no es de extrañar el mantenimiento inicial de dicha posición. Por lo demás, ambas sentencias son anteriores a la del Tribunal Constitucional en la que afirma taxativamente su competencia no sólo por presunta inconstitucionalidad material, sino también en caso de presunto ejercicio *ultra vires* de una delegación (STC 51/82 de 19 julio). Si bien el Tribunal Constitucional salva las eventuales competencias de «otros tribunales» de acuerdo con el inciso del 82.6 CE y 27.2 b) LOTC (fj. 1), ello no implica nada de por sí, puesto que evidentemente no es en principio el Tribunal Constitucional quien debe entrar en cuáles sean las competencias propias de los tribunales ordinarios. Es presumible que progresivamente el Tribunal Supremo abandonará la pretensión competencial de que tratamos.

IV. Con la Constitución se invalida además toda posible confusión entre ambas normas, la de delegación y la delegada, confusión posible en el caso de la delegación por ley de bases como consecuencia de la terminología al uso que se refiere a la norma delegada como «texto articulado de la ley de bases...», lo que puede inclinar a considerar a la norma delegada como texto material de la ley de bases (51).

Sin embargo, el artículo 85 de la Constitución establece que «las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos». Lo cual debe interpretarse, en relación al artículo 82.1, en el sentido de que la propia norma delegada se denomina Decreto Legislativo y *ha de ser promulgada directamente como tal Decreto Legislativo*, en virtud de las previsiones de los artículos constitucionales 82-85 y de la autorización contenida en la ley de bases o de delegación ordinaria de que se trate. Esto es, a semejanza de los Decretos-leyes, que son promulgados directamente con la fórmula de «en uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución y previa deliberación del Consejo de Ministros... dispongo».

En el caso de los Decretos Legislativos la fórmula promulgatoria debería hacer mención tanto a la delegación realizada por las Cortes como a la autorización constitucional de la misma, como por ejemplo «en virtud de la delegación otorgada por la Ley..., y de conformidad con las previsiones del artículo 82, 4 ó 5, de la Constitución...».

A favor de esta interpretación se encuentra, además de la analogía con los Decretos-leyes, la ya mencionada residenciabilidad directa de los Decretos Legislativos ante el Tribunal Constitucional, que demuestra que se trata de esta misma norma la que ostenta rango de ley (artículo 82.1 de la C) y la que contiene, en su articulado, la legislación delegada (artículo 85 de la C), como lo prueba claramente el artículo 27.2 b) de la LOTC.

La escasa práctica post-constitucional emplea todavía fórmulas no absolutamente homogéneas y que deben refinarse a la vista de

(51) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada...*, págs. 120 y sigs.

lo prescrito por la Constitución (52). Hasta octubre de 1984, esto es, prácticamente en los primeros seis años de vigencia de la Constitución, se han promulgado cinco Decretos Legislativos, aunque el primero de ellos lo fue en virtud de una delegación anterior a la Constitución y, por consiguiente, no estaba sometido a las prescripciones constitucionales de los artículos 82 y sigs.

Llama la atención en primer lugar el que de manera harto incomprensible se hayan publicado bajo la apariencia de simples decretos, pues han recibido la numeración de tales en vez de una propia del tipo específico de norma que constituyen (Decretos Legislativos), como se hace en el caso de los Decretos-leyes. Semejante error no queda apenas paliado por el hecho de denominarlos correctamente como Decretos *Legislativos*: en efecto, *los Decretos Legislativos no son un tipo particular de Decretos sino un tipo distinto de normas* y, sin embargo, al numerarlos correlativamente con los decretos ordinarios se les presenta precisamente como un tipo específico de ellos.

En cuanto a su estructura interna y dentro de una innecesaria variedad, constan de un artículo único mediante el que se aprueba el objeto de la delegación: un texto refundido o articulado que se adjunta. Respecto a las fórmulas promulgatorias empleadas son diversas e incompletas. En consecuencia se hace necesario homogeneizar estructura y fórmula de promulgación, subsanando los errores y omisiones que se han producido hasta el momento. A este respecto y con relación a los cuatro Decretos Legislativos que por haberse dictado en virtud de delegaciones post-constitucionales estaban sometidos plenamente a las prescripciones del artículo 82 y siguientes, cabe hacer las siguientes observaciones:

(52) Son los siguientes: 1) R. Decreto 342/1979, de 20 de febrero, legislativo, sobre ampliación del ámbito de la ley 62/78 de 26 de diciembre. 2) R. Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la L. Procedimiento laboral. 3) R. Decreto legislativo 2795/1980 de 12 de diciembre por el que se articula la Ley 39/80, de 5 de julio, de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo. 4) R. Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 5) R. Decreto Legislativo 875/1981, de 27 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto sobre el Lujo.

— Tan sólo los dos últimos (3050/80 y 875/81) emplean la correcta denominación constitucional de Decreto Legislativo; los dos (1568/80 y 2795/80) emplean el término legislativo con minúscula, lo que refuerza la apariencia de que constituyen decretos ordinarios.

— Tan sólo en un caso, el del R.D. leg. 1568/80, se hace referencia a la previsión constitucional del artículo 82.5, y ello en la exposición de motivos no en la fórmula promulgatoria que antecede al artículo único.

— La referencia a la norma delegante, presente en todos ellos, se hace tan sólo en la exposición de motivos, en ningún caso en la fórmula de promulgación, donde debería estar siempre presente, independientemente de lo que se haya dicho en la exposición de motivos.

— En un caso (R. DL 875/81), la parte dispositiva no se incluye en un artículo único como es lo lógico y lo que se hace en todos los demás casos.

— En un caso (R.D. ley. 1568/80), el lugar y la fecha («Dado en... a...») se coloca a continuación del artículo único y antes del texto refundido, mientras que los tres últimos Decretos Legislativos lo hacen con mayor corrección al final del texto refundido o articulado, que es parte constitutiva del propio Decreto Legislativo.

— El R.D. Leg. 2795/80 contiene en su artículo único la fórmula siguiente: «Se publica el Decreto legislativo por el que se articula la Ley...» Con ello parece que el propio artículo único no es parte del Decreto Legislativo que estaría sólo integrado por el texto articulado.

En fin, para terminar cabe recordar que tanto el artículo único mediante el que se aprueba el texto refundido o articulado como el propio texto integran el contenido de la disposición denominada por la Constitución Decreto Legislativo (artículo 85: «Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decreto Legislativo»). La legislación delegada está por tanto *contenida* en la propia disposición y es en consecuencia parte integrante de la misma.

V. La delegación legislativa queda configurada por la Consti-

tución con tal precisión que deja poco margen para hacer de ella un subtipo de una institución más amplia. Delegación legislativa es sólo la regulada como tal por la Constitución en el artículo 82 y siguientes. La propugnada identidad esencial con la remisión normativa (esto es, con el ejercicio ordinario de la potestad reglamentaria *ex* artículo 97 C.E.) y la deslegalización, en base a que son aperturas de campo a la potestad reglamentaria, parece carecer de apoyatura jurídico constitucional positiva.

En cuanto a la denominación de «Decreto Legislativo», no ha de entenderse a mi juicio como una referencia a una supuesta naturaleza reglamentaria de la norma, puesto que la forma de decreto no se corresponde únicamente a las disposiciones reglamentarias promulgadas por el Consejo de Ministros, sino que se extiende también a otros actos emanados del mismo cuando así lo exige alguna ley, como dispone el artículo 24.1 LRJAE. El apelativo de «Legislativo» alude, en cambio, específicamente a la *naturaleza legislativa* y no reglamentaria de la norma en cuestión.

VI. Otro argumento de peso para diferenciar a los Decretos Legislativos del ejercicio de la potestad reglamentaria atañe a la naturaleza de esta última. En efecto, la potestad reglamentaria en el ámbito que le corresponda, puede ejercitarse de forma repetida. Un reglamento puede siempre y en todo momento ser sustituido por otro, puesto que ha sido emanado en ejercicio de una competencia propia del poder ejecutivo cuyo ejercicio no se encuentra tasado. Por el contrario, en la delegación legislativa, la habilitación otorgada por el Gobierno se agota en un solo ejercicio, prueba inequívoca de que se trata de una potestad, distinta a la reglamentaria, concedida expresamente por el acto de la delegación. Esta diferencia se observa con toda claridad con respecto a la deslegalización de materias, sobre las que el ejecutivo puede ejercitar repetidamente la potestad reglamentaria hasta tanto una ley no vuelva a elevar su rango normativo.

c) *Delegación legislativa y principio de legalidad*

Creo que una adecuada comprensión de la técnica de la delegación legislativa requiere, por último, su nítida distinción respecto a la

necesaria para que la Administración ejercite la potestad reglamentaria como consecuencia del principio de legalidad.

El principio de legalidad en tanto que subordinación de la Administración a la ley, implica, en su sentido más amplio, la necesaria subordinación de la Administración al conjunto de la legalidad (al «bloque de la legalidad»), desde la propia Constitución hasta las normas provenientes de la misma Administración. En su acepción más estricta se proyecta en relación con la ley e implica, por un lado, la primacía de la ley frente a cualquier otra fuente normativa inferior a la Constitución y, por otro, la reserva de ley en las materias que la Constitución determina (53).

Como consecuencia de esta situación de subordinación, congruente con su carácter de poder ejecutivo, la Administración necesita para cualquier actuación una cobertura concreta en el ordenamiento jurídico: sólo cuenta con los poderes que expresamente se le atribuyen sin que se le suponga ninguno. Ello significa, por tanto, la necesidad de apoderamiento o atribución de potestad para toda actuación administrativa, sin que haya ningún ámbito discrecional en el que quepa su intervención autónoma (vinculación positiva de la Administración a la ley).

Todo este contenido viene recogido expresamente por la Constitución, en especial en sus artículos 97 «(el Gobierno) ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes» y 103,1 «(La Administración Pública) actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Ahora bien, una cosa es la necesidad de apoderamiento y otra la forma que éste ha de adoptar. Ninguna de las citadas prescripciones constitucionales exige que haya de ser en todo caso mediante ley de Cortes. A nuestro juicio la insistencia constitucional en la subordinación de la potestad reglamentaria a «las leyes» (artículo 97) o a «la ley» (artículo 103,1), vale como una ratificación del principio de legalidad tanto desde un punto de vista formal (sometimiento al bloque de la legalidad formal, esto es, a las leyes que regulan

(53) Sobre los diversos aspectos del principio de legalidad, cfr. D. JESCH, *op. cit.*, págs. 240, 242.

el ejercicio potestad reglamentaria) (54) como sustancial (no contener prescripciones materialmente contrarias a lo regulado por las leyes) (55), pero *no como exigencia de una habilitación por ley para cualquier ejercicio de la potestad reglamentaria*. Y en este sentido hay que tener en cuenta que al poder ejecutivo se le atribuye *ex constitutione* la función ejecutiva y, comprendida en ella, la potestad reglamentaria. Sin duda, esta atribución constitucional de potestad no basta como un apoderamiento global para dictar cualquier reglamento sobre cualquier materia, pero creo que en ciertos ámbitos sí puede tener una eficacia directa, siempre claro, dentro del necesario respeto a la legalidad formal y material.

Así, en las materias reservadas a la ley, la Administración necesita efectivamente una habilitación legal específica para el ejercicio de la potestad reglamentaria de carácter ejecutivo, única posible en tales materias y en los términos que permita el grado de intensidad de la reserva. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en más de una ocasión. Especialmente en la STC 83/84 de 24 de julio, afirma que «el principio (de reserva) no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio

(54) Expresión empleada por varias sentencias del TS en las que se asume la posibilidad de los reglamentos independientes, que, evidentemente, siempre tendrían que respetar las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria (Sentencias 22-10-81, 4-2-82 y 10-12-82, todas las de la Sala 4.ª). Dado que estas sentencias hacen hincapié en la distinción entre los reglamentos no ejecutivos y aquéllos que sí lo son, conviene no olvidar lo dicho *supra* en el texto sobre que todos son función ejecutiva en un sentido global, posición asumida por el TC, STC 39/82, fj. 2 y también Sentencias 17-12-82, Sala 4.ª.

(55) B. COLOM PASTOR interpreta el inciso constitucional que comentamos en un sentido análogo, pero tan sólo referido a las limitaciones formales impuestas al ejercicio de la potestad reglamentaria (el bloque de la legalidad formal), entre las que incluye la restricción al ámbito organizativo; «Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional», REDA, núm. 40-41, 1984, pág. 244.

de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley...» (fj. 4); también en igual sentido STC 37/81 de 16 de noviembre fj. 4 y 5/81 de 13 febrero.

Sin embargo, de no haber reserva material de ley y sea cual sea el ámbito material de que se trata, no es necesario, a nuestro juicio, que haya un apoderamiento legal específico para la emanación de reglamentos ejecutivos, en virtud precisamente de la directa atribución constitucional de la potestad reglamentaria de carácter ejecutivo (56). No creemos, por tanto, que los efectos del simple congelamiento de rango o reserva formal, esto es la mera intervención de la ley, sean tan intensos que impidan la intervención reglamentaria ejecutiva de no haber una habilitación expresa o implícita en la propia ley; por el contrario, en tal caso operaría tan sólo la primacía de la ley, que impide que sea enmendada la ley en cuestión por norma de rango inferior, pero no su desarrollo de carácter ejecutivo (57). Desarrollo que, desde luego, ha de tener por objeto la mejor aplicabilidad de la ley, pero en el que cabe un *novum* normativo que no puede considerarse restringido en los mismos términos que si hubiese reserva de ley, como es el supuesto a que hacían referencia las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente citadas.

Así, pues, en el ámbito residual sobre el que no opere ninguna reserva material de ley, por lo demás muy restringido en nuestro texto constitucional —recuérdese, por ejemplo, la reserva para todos los derechos constitucionales del T. I capítulo 2 establecida en el artículo 53.1—, cabe entender que basta con el directo apoderamiento constitucional para el ejercicio de la potestad reglamentaria

(56) En contra, A. GARRORENA, *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980, págs. 100, 102 y sigs.; M. SÁNCHEZ MORÓN, «Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978», en la Constitución española de 1978; A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), *Civitas*, Madrid, 1980, págs. 654 y sigs. y 667.

(57) En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, págs. 269 y sigs.

de carácter ejecutivo. Con el mismo fundamento cabrían los reglamentos independientes en las materias residuales en las que, no existiendo reserva material, no se haya producido tampoco intervención de la ley (58), ámbito que como puede comprenderse, es por necesidad mínimo.

En cuanto a estos reglamentos, de lo que no hay que olvidar que también desde un punto de vista global son función ejecutiva (*vide supra*) y que su justificación constitucional es la mejor aplicabilidad del ordenamiento jurídico (aunque, en palabras del Tribunal Constitucional, no sean «complementarios de una ley»), la jurisprudencia postconstitucional del Tribunal Supremo parece haberlos aceptado sin reservas, aunque con posiciones contradictorias sobre si su ámbito se encuentra limitado a las materias organizativas (STS de 11 abril de 1981 de S.^a 3.^a y de 12 mayo 1983, S.^a 4.^a) o si en base a la atribución genérica del artículo 97 CE y del artículo 26 LRJAE, pueden dictarlos en cualquier materia con el único límite del respeto a las leyes (STS 22-10-81, 4-2-82, 10-2-82 y 10-12-82 todas ellas de S.^a 3.^a). Esta última es nuestra opinión, en consonancia con todo lo ya dicho hasta ahora (59), a lo que procede añadir además que tras la Constitución es precisamente el ámbito organizativo de la Administración del Estado uno de los que en virtud de la reserva de ley impuesta por el artículo 103.2 CE no caben los reglamentos independientes. En la actualidad, los reglamentos organizativos de la Administración de Estado son, en último término, desarrollo de la LRJAE de 26 julio de 1957 o más frecuentemente, de la ley 10/83 de 16 de agosto, de Organización de la Administración

(58) En el mismo sentido, M. BASSOLS COMA, «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», *R. Administración Pública*, núm. 88, 1979, págs. 128-130; L. PRIETO, en G. PECES-BARBA, *La Constitución española de 1978*; F. TORRES, Valencia, 1981, págs. 104 y sigs.; aparentemente en el mismo sentido, J.L. CARRO y R. GÓMEZ FERRER, «La Potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *R. A. P.*, núm. 87, 1978, págs. 183, 188, 194, 199, aunque el utilizar también, para determinar el ámbito propio de la potestad reglamentaria, el criterio apriorístico de las materias administrativas, en ocasiones parecen restringir a éstas exclusivamente el eventual ámbito residual en el que caben los reglamentos independientes, cfr. pág. 1170.

(59) Sobre el tema y optando por la otra solución, B. COLOM PASTOR, *op. cit.*, págs. 245 y sigs.

Central del Estado. Por lo demás, el ámbito residual en el que sean posibles los reglamentos independientes en el sentido aquí utilizado, de norma primaria sobre una materia, es por fuerza sumamente restringido, por lo que difícilmente puede preocupar su admisión desde la perspectiva de una excesiva capacidad normativa de la administración sin la limitación inmediata de una ley.

En definitiva, y aplicando lo dicho al tema que nos ocupa, cuando la ley se remite para su desarrollo a la potestad reglamentaria del Gobierno, lo que hay sustancialmente es una habilitación legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es imprescindible en las materias reservadas materialmente a la ley; y que es innecesaria, por el contrario, en las restantes materias, pues es suficiente entonces la habilitación constitucional del artículo 97, por la que cuando se da en tales casos dicha habilitación legal expresa ha de entenderse como una precaución del legislador para salvar posibles reservas como de ley que puedan impedir el desarrollo de la ley por el Gobierno. Opera además como una presunción a favor de la necesidad o conveniencia de dicho desarrollo para una mejor aplicabilidad de la ley, única circunstancia que justifica el empleo por el Gobierno de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 97 CE (60).

En el caso de la deslegalización, en cambio, se trata de un rebajamiento de rango de una determinada normativa legal, por lo general realizado mediante la habilitación para el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia previamente regulada por ley (no reservada materialmente a ésta por la Constitución, claro es).

Y, por último, en la delegación legislativa hay habilitación, pero radicalmente distinta a la empleada para el ejercicio de la potestad reglamentaria. En efecto, en la delegación hay autorización para que actúe el Gobierno, y hay, por tanto, la vinculación positiva a la ley requerida por el principio de legalidad. Sin embargo, la habilitación tiene un contenido completamente distinto que en el caso de la autorización para desarrollar una ley, puesto que es una habilitación que consiste en la atribución de una potestad específica de

(60) Cfr. M. BASSOLS CORMA, *ibídem*, pág. 240; en contra, J. L. CARRO y R. GÓMEZ FERRER, *op. cit.*, pág. 170.

contenido legislativo: para dictar normas con rango de ley, no para ejercitar la potestad reglamentaria.

De esta manera, la habilitación en que consiste la delegación tiene una repercusión muy distinta de la habilitación para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Es una habilitación que *crea* la posibilidad de que el Gobierno actúe de tal forma, atribuyéndole una potestad, de la que carece habitualmente, para el ejercicio de la función legislativa. Operación delegativa, prevista y regulada por la Constitución, que atribuye al Gobierno la capacidad de actuar en tal sentido pese a no ser titular ni poder ejercer la potestad legislativa ordinaria propia de las Cortes. Pero pese a que la Constitución prevé la delegación, el Gobierno *carece de posibilidad concreta de ejercicio de la función legislativa mientras no se produce la delegación-habilitación de las Cortes*.

Por el contrario, la habilitación para el ejercicio de la potestad reglamentaria tiene mucho menos relevancia, puesto que se trata únicamente de una habilitación para ejercer una potestad (de la que el Gobierno es titular ordinario y está legitimado para ejercerla) en materias reservadas a la ley con mayor o menor intensidad, sin llegar a una reserva absoluta.

Una consecuencia de la distinta relevancia de ambas habilitaciones es toda la serie de precauciones que rodean a la delegación (necesidad de que sea explícita, principios y criterios que han de orientarla, etc.), mientras que en el caso de la potestad reglamentaria basta una habilitación genérica para «desarrollar» una ley, se puede suponer implícita o, incluso, puede faltar, en materias no afectas por reserva de ley. La razón es obvia: no se trata sino de una remisión al ejercicio por parte del Gobierno de su función ejecutiva.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas precedentes hemos tratado de mostrar cómo una adecuada comprensión de la plasmación jurídica del principio de la separación de poderes demuestra la vigencia del mismo como postulado ordenador de la estructura del Estado y del ejercicio

del poder estatal. La distinción entre funciones materiales y potestades jurídico-formales permite comprobar que la existencia de potestades normativas en manos del Gobierno, titular de la función ejecutiva, no significa una quiebra de la separación de poderes.

La importancia de tal conclusión no es puramente de carácter teórico. En efecto, aceptar que el mencionado principio se encuentra presente en la Constitución española implica atribuirle un valor constitucional vinculante. Así, si se interpretan los artículos 66.2, 97 y 117,3 como una plasmación de la separación de poderes, tal como hemos hecho, las excepciones al principio sólo resultan aceptables si se encuentran fundamentados en la propia Constitución. Ello implica la imposibilidad de atribuir mediante ley, sin ese respaldo constitucional, potestades que signifiquen una desviación del mismo, así como la exclusión, en principio, de la posibilidad de que tales alteraciones se originen mediante costumbre constitucional. Considerando la actual tendencia a la concentración de poderes en el ejecutivo y los numerosos ejemplos históricos en derecho comparado que muestra las apetencias normativas del citado poder, a veces, incluso, contraviniendo prescripciones constitucionales, semejante consecuencia puede tener eventualmente gran importancia.

El reconocimiento explícito del valor vinculante del principio de la separación de poderes correspondería en último término al Tribunal Constitucional. Puede pensarse como modelo para una interpretación semejante la realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán a partir del artículo 20 de la ley Fundamental de Bonn (61), entendiéndolo no como un principio abstracto y rígido, sino plasmado de una forma concreta y flexible en la norma fundamental. Creemos que el esfuerzo interpretativo requerido por la Constitución española no es mucho mayor y no debe ser óbice para la consideración de la separación de poderes como un postulado organizativo con importantes efectos garantistas respecto al ejercicio del poder del Estado.

Igualmente hemos podido fundamentar la naturaleza legislativa de las normas emanadas por el Gobierno en virtud de delegación

(61) Vid. K. HESSE, *op. cit.*, págs. 194-197 y jurisprudencia allí citada; TH. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, cit., págs. 275-277.

legislativa (así como, por análogas razones, de los Decretos-leyes dictados por razón de urgencia). La distinción dogmática entre la potestad reglamentaria y la delegación legislativa es una necesidad no puramente teórica, sino requerida para evitar problemas competenciales en torno al control jurisdiccional de los Decretos Legislativos.

Frente a la tendencia doctrinal y jurisprudencial anterior a asignar a los tribunales ordinarios el control *ultra vires* de tales Decretos Legislativos, de forma congruente con su supuesta naturaleza «sustancialmente reglamentaria», la comprobación de su carácter inequívocamente legislativo como producto de una potestad de tal naturaleza atribuida al Gobierno por las Cortes fuerza a propugnar, independientemente de otros argumentos adicionales, la competencia del Tribunal Constitucional para el control de los mismos. Competencia plena y exclusiva en lo que se refiere a su constitucionalidad material, así como en lo que atañe a su adecuación a la ley de delegación, dado que la consecuencia de la normación *ultra vires* no es que deje de ostentar fuerza de ley, sino la violación de los artículos 82 u 83 de la Constitución. Quizás conviene resaltar que no por ello queda debilitado el control jurisdiccional de los Decretos Legislativos, puesto que la jurisdicción ordinaria siempre podrá plantear la cuestión de constitucionalidad cuando piense que ha habido extralimitación *ultra vires* por parte del Gobierno.

Esta posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad, junto con el control de la legalidad del procedimiento administrativo de elaboración de los Decretos Legislativos puede dar contenido a la competencia propia de los tribunales ordinarios a la que haría referencia, además de a la del Tribunal Constitucional, el artículo 82,6 de la Constitución. Una vez afirmada por el propio Tribunal Constitucional su plena competencia para conocer de la constitucionalidad formal y material de los Decretos Legislativos (STC 51/82, de 19 de julio), así como también de los D-l (STC 29/82 de 31 de mayo), lo que confirma plenamente las posiciones sostenidas aquí, es de esperar que los propios tribunales ordinarios abandonen la pretensión competencial para enjuiciar el presunto ejercicio *ultra vires* de una delegación legislativa.

Tanto más urgente es la rectificación de la práctica promulga-

toria de los Decretos Legislativos, puesto que debe otorgárseles la consideración normativa específica que la Constitución les atribuye. Es ciertamente difícil de comprender que una norma con *rango de ley* (artículo 82,1), a la que la Constitución dedica un artículo expresamente para prescribir que ha de ser promulgada bajo la forma de Decreto Legislativo (artículo 85), se esté promulgando bajo apariencia y con numeración de R. Decreto ordinario. La inercia de la práctica anterior no puede prevalecer sobre prescripciones constitucionales tan explícitas.

Por último, el análisis comparativo entre la potestad reglamentaria y la delegación legislativa nos ha llevado a clarificar la distinta relación de ambas potestades normativas gubernamentales con la ley, esto es, la diferente plasmación del principio de legalidad con ocasión de las mismas. Pues en el caso de la delegación, la habilitación legal por la ley delegante implica la propia atribución de una potestad concreta inexistente previamente, la Constitución únicamente prevé la posibilidad de su atribución genérica. En el caso de la potestad reglamentaria, la habilitación proviene directamente de la Constitución, aunque, para que el Gobierno ejerza su potestad reglamentaria en ámbitos en los que por existir reserva de ley, no podría hacerlo en principio, se precisa además una expresa habilitación legal.