

La potestad reglamentaria del gobierno

Jorge Luis Méndez Lima
Profesor asociado de Derecho Constitucional

Introducción

La preocupación dogmática por la naturaleza, contenido y límites de la potestad reglamentaria ha ocupado numerosas y magníficas páginas de nuestra mejor doctrina administrativa. Interés que se estimula desde la constitucionalización de la potestad reglamentaria del Gobierno [art. 97 CE] y de su genérico control jurisdiccional [art. 106.1 CE]. Esta circunstancia descubre en ocasiones y en otras obliga a reinterpretar —al menos, a dar una explicación convincente— ciertos aspectos, perfiles y matices de tal potestad a fin de que esa pieza normativa, también potestad constitucional, resulte convenientemente explicada y encaje con naturalidad entre las demás con las que integra el sistema jurídico coherente y articulado del que nos hemos dotado. Son varias las cuestiones que tal potestad plantea [el alcance de su reconocimiento constitucional; la determinación de distintas especies reglamentarias en el seno de tal categoría normativa genérica; el reconocimiento gubernativo de tal potestad y su distinción de otras posibles potestades reglamentarias no constitucionalizadas, pero reconocidas legalmente; la distinción entre Gobierno y Administración y entre Gobierno y Consejo de Ministros; la personalidad jurídica del Estado versus Administración; la potestad reglamentaria en relación con el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general; e intervención en tal procedimiento del Consejo de Esta-

do o, en su caso, de los Órganos consultivos autonómicos, con carácter general]. No todas, sin embargo, tienen acomodo en las líneas que siguen por razón del limitado espacio de que se dispone. Por ello, nos detendremos particularmente en la exteriorización material de los productos normativos resultantes del ejercicio de la mencionada potestad, tarea que se ha verificado, fundamentalmente, mediante el pertinente contraste de la ordenación constitucional y legal de la mencionada potestad y la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal Supremo¹.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, desde el lugar del texto en que se formula la opinión que sigue es posible advertir que el tratamiento jurisprudencial de la potestad reglamentaria gubernativa constitucionalmente relevante, así como de las cuestiones anticipadas, se ha efectuado desde una posición u óptica predominantemente administrativa, lógico en cierto modo pues fue la doctrina administrativa la que en el Estado preconstitucional construyó, o recreó, la teoría del Reglamento. 20 años después, sin embargo aún pervive lo que en cierto modo se podría denominar interpretación administrativa de lo que hoy son órganos y funciones constitucionales; interpretación coherentemente elaborada en otra época histórica, tanto del Derecho como de las instituciones políticas, pero que ha demostrado una vocación de supervivencia que deberá ir cediendo a fin de que las potestades públicas, en este caso normativas, y los órganos constitucionales a través de los que las mismas se ejercen se adapten más que a la «unánime opinión doctrinal» al espíritu que anima la forma de gobierno prevista en la Constitución. El anclaje histórico y la realidad constitucional da lugar en ocasiones a una doctrina jurisprudencial conceptualmente híbrida de la potestad reglamentaria que resulta cuando menos insatisfactoria, máxime cuando en ocasiones el pronunciamiento jurisdiccional se sustenta en una motivación no sólo inadecuada al texto constitucional, sino simplemente innecesaria. No es que se trate de renunciar a los esfuerzos de la construcción dogmática histórica de la potestad reglamentaria, cuyos logros constituyen un capital de primer orden en la construcción teórica del contenido y límites de la potestad reglamentaria. Se trata de que la construcción dogmática tenga presente el actual momento histórico y la realidad constitucional en la que, hoy por hoy, debe aplicarse a la potestad reglamentaria.

Al fin y al cabo, esta potestad no sólo es una fuente normativa —secundaria pero fuente—; es una pieza más de la arquitectura constitucional que se explica en función no sólo de las demás piezas del sistema sino sobre todo, dada la parquedad constitucional, en razón de los principios que inspiran nuestra peculiar forma

¹ Se ha analizado la Jurisprudencia a partir del año 1992.

de gobierno². Y en la misma constituyen piezas basilaras la primacía de la Ley como «expresión de la voluntad popular» [Preámbulo de la Constitución] y la residencia popular de la soberanía [art. 1.2 CE], cuyo titular es representado por las Cortes Generales, que ejercen la potestad legislativa del Estado [art. 66 CE]³. Sea cual fuere la interpretación de la naturaleza y alcance de la potestad normativa secundaria que consideramos, nunca se podrá erosionar o defraudar aquellas previsiones constitucionales que son, en puridad, el fundamento de nuestro sistema político, del que en modo alguno puede ser ajeno el Gobierno y sus productos normativos.

Determinar —al menos, intentarlo— el encaje constitucional de la potestad reglamentaria gubernativa que hemos convenido en denominar «constitucionalmente relevante» es el objeto de este trabajo⁴ y la modesta contribución de quien suscribe a los Anales de la Facultad de Derecho conmemorativos de los 20 años de nuestra Constitución.

La potestad reglamentaria constitucionalmente relevante

Con tal expresión queremos referirnos a la potestad reglamentaria contemplada en los arts. 97 y 106.1 CE⁵, por lo que no será objeto de reflexión la potestad reglamentaria asimismo constitucionalmente prevista [art. 72.1 CE] reconocida en favor de las Cámaras parlamentarias, evidentemente de otra naturaleza y con-

² Qué duda cabe que en un sistema parlamentario o presidencial —mas aún si se tiene en cuenta el componente de la distribución territorial del poder— la potestad reglamentaria se ordena, dispone, explica y regula de forma diferente. La potestad reglamentaria del Gobierno, como todas las demás constitucionalmente previstas, debe explicarse en función del contexto institucional y no sólo el normativo; es decir, no exclusivamente en razón a sus relaciones con la Ley, que usualmente se explican y resuelven por remisión a los principios de reserva y jerarquía normativa, sino por determinación del punto donde llegan tales principios y, consecuentemente, qué espacio queda a la disposición reglamentaria.

³ J.L. CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR y R. GÓMEZ FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*. Revista de Administración Pública 87-11. p. 187.

⁴ Por las lógicas limitaciones que impone la edición de una obra colectiva como los Anales de nuestra Facultad de Derecho, el contenido del presente trabajo, que es parte de otro mas ambicioso, se ha adaptado convenientemente a aquellas limitaciones de espacio.

⁵ Conforme al primero de los preceptos citados, «el Gobierno [...] ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes». El segundo, dispone que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa».

dición⁶. La simplicidad del objeto de las líneas que siguen es sin embargo mas aparente que real, pues, como veremos, bajo la genéricos conceptos «potestad reglamentaria» o «Reglamentos» se cobijan diversa suerte de potestades —del mismo género, pero de distinta calidad— y normas que aunque comparten secundario rango cumplen funciones material e incluso constitucionalmente distintas, lo que obliga a aislar sus elementos diferenciales y a analizar qué consecuencias o efectos producen o debieran producir.

Resulta obvio que el Constituyente atribuyó al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria; atribución que se realiza de forma no libérrima sino condicionada, pues tal ejercicio se efectuará «de acuerdo con la Constitución y las leyes». El primer dato que resulta de esta previsión constitucional es que la misma se refiere a la potestad reglamentaria del Gobierno, órgano constitucional que se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley [art. 98.1 CE]. Es decir, se trata de la potestad reglamentaria gubernativa y no de otra u otras que pudieran corresponder a otros órganos de naturaleza administrativa, por mas que sus titulares —los Ministros— formen parte del órgano constitucional «Gobierno». No podemos confundir potestades normativas que, pese a su tronco común, el Ordenamiento jurídico asigna con distinto alcance a una y otra clase de órganos, de la misma forma que el Presidente del Gobierno posee potestades y ejerce funciones singulares de la magistratura que ostenta, que no se confunden con las que la Constitución atribuye al Gobierno que preside. Estamos, pues, ante una potestad gubernativa normativa de relevancia constitucional distinta —desde el propio tenor constitucional— de otras especies normativas reglamentarias, lo que en principio impide asimilar o confundir los perfiles de una y otra clase de normas reglamentarias, que, como veremos, tienen un fundamento y alcance sustancialmente distintos. Tan diferentes que podría decirse que los reglamentos gubernativos —determinados reglamentos gubernativos— por la función que ejercen están mas cercanos a la ley que al carácter meramente administrativo que de ordinario se atribuye a las denominadas disposiciones generales o reglamentarias.

También veremos que no existe una única especie de reglamentos gubernativos, pues las especiales relaciones que pueden existir entre tales normas reglamentarias y las restantes de mayor jerarquía motivan la aprobación de normas reglamentarias asimismo «singulares» que evidencian que nos hallamos ante una potestad cuyo ejercicio admite no una rígida aplicación lineal, sino una flexible

⁶ Precepto constitucional que hace referencia a los Reglamentos parlamentarios, susceptibles de declaración de inconstitucionalidad; art. 27.2.d) de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC).

modulación en razón de determinadas circunstancias de índole normativa, particularmente legal.

La Constitución no habla de más potestades reglamentarias. Particularmente, de la que podríamos denominar potestad reglamentaria administrativa o de la Administración Pública⁷, organización que, lógicamente, no es posible confundir con el Gobierno, desde una perspectiva estrictamente constitucional. Existe ciertamente una relación directiva de aquél sobre ésta [art. 97 CE] y un vínculo orgánico que es el Ministro, pues a su condición de miembro del Gobierno⁸ une la de ser «órgano superior de la Administración General del Estado»⁹. Pero de ahí no se puede colegir confusión competencial entre el Gobierno y sus Ministros. La interrelación entre el Gobierno y los Ministros en cuanto órganos superiores de sus respectivos Departamentos se desprende claramente de la LOFAGE y de la LG. En efecto, Los Ministros, «además de las atribuciones que les corresponden como miembros del Gobierno, dirigen, en cuanto titulares de un Departamento ministerial, los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio» [art. 12.1 LOFAGE]. Son, pues, los «Jefes superiores del Departamento» [art. 11.1 LOFAGE] o Ministerios en que se organiza la Administración General del Estado [art. 8.1 LOFAGE]. Esta bicefalia es la que permite, precisamente en razón de la función directiva que el Gobierno tiene sobre la Administración Pública, que los Ministros tengan como primera función legalmente asignada [art. 4.1.a) LG] la de «desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su Departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros»¹⁰. Función de ejecución que se compatibiliza con el hecho de que la Administración Pública deba actuar «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» [art. 103.1 CE].

⁷ Podría entenderse, forzosamente, que la referencia que el art. 106.1 CE hace al control por los Tribunales de la «potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa» se refiere sólo a la que hemos denominado «potestad reglamentaria administrativa», mas no a la «gubernativa». El precepto, es claro, se refiere a la potestad reglamentaria de la Administración, concepto que en ningún caso comprende al Gobierno, órgano constitucional entre cuyas funciones se encuentra la de dirección de la Administración. Ni los trabajos parlamentarios ni la aplicación por los Tribunales de tal precepto avalan tal posibilidad, aunque, como veremos, según sea la clase de reglamento el control de los Tribunales tendrá distinta intensidad y alcance.

⁸ Art. 98.1 CE y arts. 1 y 4.1 de la Ley 59/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG).

⁹ Art. 6.2.A.a) de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

¹⁰ Que en la inteligencia de la LG (art. 1.3) es una de las formas de reunirse los miembros del Gobierno.

La atribución de potestad reglamentaria al Gobierno por parte del art. 97 CE se realiza, como vimos, en ciertos términos y con ciertas condiciones. Su ejercicio debe realizarse, ya lo sabemos, «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Ahora bien, interesa ahora detenernos en otro dato, aparentemente menos relevante, de la proposición normativa, cual es que la Constitución no atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria, sino su ejercicio, lo cual tiene, como se verá, coherencia directa con el que ese ejercicio se haga en los términos de la Constitución y las leyes.

El ejercicio de la potestad reglamentaria

El art. 97 CE atribuye al Gobierno el ejercicio de la «potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»; es decir, con las implícitas limitaciones constitucionales y legales que resultan del mencionado precepto constitucional. No se trata simplemente de una distinción semántica; mas bien es sustantiva y sobre la que no se suele reparar en exceso¹¹. En ello, por cierto, abunda la calificación —en modo alguno constitucionalmente relevante— de que la potestad reglamentaria del Gobierno es «originaria», expresión de fundamento doctrinal y

¹¹ Habría que determinar si la expresión «titular de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes» es sustancialmente idéntica a la formulación «ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes», que es precisamente el tenor que utiliza la Constitución. Dicho de otra forma, si cuando se somete el ejercicio de la potestad reglamentaria a la Constitución y las leyes en el art. 97 CE se está reiterando la previsión constitucional contenida en el art. 9.3 CE (conforme a la cual «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico»), lo que debe ponerse en conexión con el origen popular de los poderes del Estado, art. 1.2 CE) o si contiene una suerte de mandato diferente. En la eventualidad de que, en efecto, sean expresiones idénticas ¿por qué el ejercicio de la potestad legislativa del Estado no se realiza de acuerdo con la Constitución? (art. 66.1 CE); ¿acaso coincide la cláusula de sujeción general de un poder o potestad con los límites de ejercicio de las mismas? La omisión del art. 66.1 CE parece responder al carácter potencialmente ilimitado del ejercicio de la potestad legislativa del Estado, sólo constreñida por la Constitución. La referencia en el art. 97 CE a la Constitución y las leyes parece dar a entender que existen dos clases de límites, los constitucionales (particularmente los de reserva de ley y jerarquía normativa) y los legales; es decir, los que resulten de los términos de la ley que el reglamento desarrolla. La referencia a «las leyes» no puede ser una reedición de la «jerarquía normativa» que como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria ya se halla inserto en la llamada que se hace a la Constitución (si lo fuera, estaríamos ante una manifiesta reiteración); debe tener una significación particular.

jurisprudencialmente aceptada que de ordinario sirve de llave para la ampliación de los términos de ejercicio de la potestad reglamentaria gubernativa; o lo que es lo mismo, para la lenta pero progresiva reducción de los límites a su ejercicio.

La formulación legal actualmente vigente parte de la previsión constitucional del ejercicio de la potestad reglamentaria gubernativa¹², precisando sus límites constitucionales y legales y calificando la relación normativa entre Ley y Reglamento como «función de desarrollo o colaboración»¹³. La consecuencia de que el Reglamento no se atenga a los mencionados límites formales y materiales constitucional y legalmente previstos no es otra que su nulidad de pleno Derecho¹⁴. Los Reglamentos no pueden incidir en materia reservada a la Ley; no pueden quebrar la jerarquía normativa; ni pueden tampoco intervenir en los precisos ámbitos materiales legalmente excluidos a su intervención (reconducibles en suma a la reserva de ley). La reserva de ley y la jerarquía normativa perfilan, pues, los límites «externos» del ejercicio de la potestad reglamentaria gubernativa. La ubicación de tales límites —particularmente, el principio de jerarquía normativa— dependerá del contenido o alcance que se dé al ejercicio de la potestad reglamentaria, pues —qué duda cabe— cuanto mas amplio sea el ejercicio de la potestad normativa que consideramos menos lugar habrá para entender que la «jerarquía normativa» ha sido vulnerada. No obstante, por definición tal ejercicio no puede ser libérrimo, porque constitucionalmente el mismo se debe efectuar «de acuerdo con la Constitución y las leyes».

Ha sido y es unánime el entendimiento legal¹⁵, doctrinal y jurisprudencial del principio de «jerarquía normativa». La vigente legislación en la materia lo reproducen¹⁶ de forma similar. Las normas reglamentarias no pueden «infringir o vul-

¹² Art. 23.1 LG: «El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes».

¹³ Art. 23.2 LG: «Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público».

¹⁴ Art. 62.2 LRJAP-PAC: «También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

¹⁵ Arts. 23.1 («Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior») y 26 («Las Administraciones no podrán dictar disposiciones contrarias a las leyes») LRJAE.

¹⁶ Art. 62.2 LRJAP-PAC; art. 23.2 y 3, último párrafo, LG.

nerar» lo dispuesto por normas legales o por otro reglamento de jerarquía superior. El siguiente paso es determinar en qué consiste la «vulneración o infracción» de una norma de jerarquía superior; dicho de otra forma, cuál es el contenido material del ejercicio de la potestad reglamentaria gubernativa, que para la LG, recordemos, es el «desarrollo o colaboración con respecto a la ley». No habrá infracción o vulneración de la norma jerárquicamente superior, particularmente si es legal, si la norma reglamentaria se limita a su «desarrollo o colaboración». Y la habrá en caso contrario.

No podemos desconocer que la respuesta que se dé al interrogante planteado será diferente según sea la peculiar forma de gobierno a la que responde la mencionada potestad reglamentaria; así como la interpretación y aplicación histórica que de la misma se haga. Nuestra Constitución, como en tantos aspectos de la organización del poder y la vida colectiva, no perfiló con rígida exactitud todas las relaciones posibles entre los órganos constitucionales, sus límites y su contenido, de forma que será el propio sistema el que va a ir dando contenido material —determinado contenido histórico, y por ello sólo temporalmente considerado— a las mismas, siendo posible que nuevas exigencias lo modulen, siempre, claro está, con el referente constitucional que en ningún caso podrá ser vulnerado¹⁷; habría que añadir, ni de manera directa ni refleja. Las relaciones y equilibrios entre órganos constitucionales cuentan en la Constitución con un contenido incuestionable, cuya interpretación mas allá de lo que permite la elasticidad del sistema determinaría que se incurriera en fraude constitucional. Lo dicho vale, lógicamente, para la potestad reglamentaria del Gobierno, sin que la indeterminación de sus perfiles y la vis expansiva de sus constitucionales potestades directivas permitan o amparen cualquier clase de entendimiento de esa potestad. No podemos olvidar que nuestro sistema es esencialmente parlamentario y que no existe reserva reglamentaria alguna. De donde la potestad reglamentaria —secundaria por su rango y limitada en su alcance por la ley— no puede ser interpretada en forma tal que, de suyo, impli-

¹⁷ Miguel SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional* (colectivo). Volumen II . Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado. Tirant Lo Blanch. 2ª edición. 1994. p. 17: «Hace tiempo, en efecto, que se ha advertido que las formas de gobierno no son completamente reducibles a parámetros jurídicos y que vienen condicionadas por factores políticos decisivos (por ejemplo, por el sistema de partidos), de tal manera que en el marco de una misma Constitución puede variar considerablemente la forma de gobierno [...]. Por consiguiente, la opción del constituyente en favor de la Monarquía parlamentaria no justifica una interpretación conceptualista de la Constitución, sustentada en una idea previa y absoluta de lo que aquella significa, porque su carácter de forma política exige una interpretación cotextualizada, que tenga en cuenta los factores políticos coyunturales que condicionan su funcionamiento».

cara una inversión del papel que cumple en la teoría de fuentes y, por extensión, del que corresponde a su titular en el contexto de los órganos constitucionales del Estado.

De conformidad con la legislación vigente [art. 23.1 LG], al Gobierno le corresponde «el ejercicio de la potestad reglamentaria», potestad que ampara la aprobación de «reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes [...] así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan» [art. 5.1.h) LG]. Nos interesan lo que la LG denomina «reglamentos»; es decir, aquellos que por estar conexos con una ley previa a la que desarrollan y ejecutan, requieren «previo dictamen del Consejo de Estado» y vestidura formal de «Real Decreto acordado en Consejo de Ministros» [arts. 5.1.h) y 25.c) LG], lo que se cohonesta con lo dispuesto por el art. 23.2 LG, que atribuye a tales reglamentos la «función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley» y que se distinguen de las «disposiciones reglamentarias aprobadas por Orden Ministerial» [art. 23.3 LG]; distinta suerte de disposiciones reglamentarias que, en base a su distinto fundamento y alcance legal de su ejercicio, no se pueden homologar a aquellos Reglamentos gubernativos¹⁸.

Así pues, de la legislación vigente resulta que los Reglamentos del Gobierno son aquellos que se dictan para la «ejecución y desarrollo o colaboración con respecto a la ley». No define la ley con carácter positivo el contenido de esa «ejecución o desarrollo», aunque sí por exclusión o con alcance negativo pues tales reglamentos no podrán ni «regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango». La previsión constitucional de que la potestad regla-

¹⁸ Ambas categorías reglamentarias pueden denominarse a efectos meramente expositivos como «Reglamentos ejecutivos» y «Reglamentos organizativos», distinción que no siempre responde a la realidad material del contenido de una y otra clase de normas reglamentarias, que pueden darse en estado no puro, con la consecuente relativización de la necesidad y operatividad de ambos conceptos categoriales. Su uso recurrente por otra parte enturbia el análisis estrictamente jurídico de la denominada potestad reglamentaria, pues al otorgar a tales conceptos categoriales la condición de axioma se incorporan al razonamiento estrictamente jurídico aspectos que poseen fundamentalmente apoyo doctrinal y jurisprudencial, mas no estrictamente de Derecho positivo. Por otra parte, induce a usar una errónea metodología en el análisis jurídico, pues la existencia de categorías previas predeterminan y condicionan sustancialmente el análisis posterior, siendo así que éste se debería construir sobre una base de materiales jurídico-positivos, de forma que las categorías serían «el resultado» —el lógico resultado— del proceso analítico previo. Además, debe destacarse que el uso apriorístico de las mencionadas categorías conceptuales obliga a forzar el análisis a fin de encajar en las mismas el razonamiento o las líneas argumentales que se separan de ese discurso previo.

mentaria se debe ejercer «de acuerdo con la Constitución y las leyes» ha sido reformulada legalmente, en el sentido de que es lícito cualquier desarrollo reglamentario mientras el mismo «no vulnere o infrinja» norma de rango legal, devaluando de esta forma la necesidad o exigencia de «previa habilitación legal» que abra la puerta, condicionadamente, al ejercicio de la potestad reglamentaria y generalizándose lo que, en la terminología clásica al uso, sólo era posible y lícito en relación con los denominados «reglamentos independientes»¹⁹. Categoría que se explicaba por contraste con otros supuestos reglamentarios —los denominados Reglamentos ejecutivos o de desarrollo— en los que, esté o no la materia reservada a la ley, la intervención reglamentaria se producía «previa habilitación de la ley», que no sólo era «habilitante» de la potestad reglamentaria —en el sentido de «dependiente»— sino delimitadora de su contenido y alcance. En esta concepción, la «disconformidad» del reglamento respecto de la ley no se medía necesariamente en función de su infracción o vulneración —ciertamente, el grado más alto de «disconformidad»—, sino en razón de su «desvinculación» del contenido de la ley. La ley «habilitaba» al reglamento para la ordenación de ciertos aspectos sustancialmente regulados por ella, atribuyéndole de esta forma un cierto margen de «creatividad normativa» para lo que se le habilitaba expresamente. Habilitación que, lógicamente, no cubría ordenaciones reglamentarias desconexas materialmente del contenido la ley ni, con mayor razón, ni siquiera previstas por la misma. En suma, la «cláusula de conformidad» reglamentaria constitucionalmente prevista se convierte en la LG en una «cláusula de ausencia de disconformidad» reglamentaria que pretende tener asimismo acomodo en la previsión constitucional, siendo así que de ambas posiciones se derivan interpretaciones del alcance del ejercicio de la potestad reglamentaria tan sustancialmente diferentes que exceden de lo meramente normativo y afectan a la posición del Gobierno y su relación con las Cortes Generales y, por extensión, a la forma de Gobierno constitucionalizada, por muy flexible y elástica que se quiera interpretar su reconocimiento constitucional.

Con tales premisas, el otrora denominado «Reglamento ejecutivo de ley» dejaría de ser una especie reglamentaria unitaria autónoma para ser una subespecie integrante, con otras, de un género que ampararía también a los Reglamentos «legalmente habilitados», especie en la que —de conformidad con la formulación

¹⁹ Es decir, aquellos que no eran dictados en «desarrollo o ejecución» de una ley previa, sin perjuicio de que los mismos estuvieran sometidos a las limitaciones que se deducían del Ordenamiento. Tales reglamentos, pues, podían ordenar cierta realidad material de forma «potencialmente ilimitada», bastando que no invadieran el ámbito de la reserva de ley y lo dispuesto por normas de rango legal. El límite a esta clase de reglamentos estaba allí donde se «infringiera o vulnerara» norma con rango de ley o materia reservada a la misma.

de la LG— entrarían los denominados Reglamentos de ejecución y los de desarrollo o colaboración²⁰. Como se dijo, no existe definición positiva de carácter legal de tal clase de Reglamentos, sólo negativa. Su delimitación positiva exigiría analizar el alcance de los conceptos «ejecución», «desarrollo» o «colaboración» a los efectos de determinar si existe distinción entre una y otra especie reglamentaria o, incluso, si realmente existen especies subespecies reglamentarias dentro de lo que tradicionalmente se ha denominado Reglamento ejecutivo.

Puede adelantarse que la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia no es homogénea en cuanto a los conceptos utilizados, ni se construye sobre una teoría general. Se aprecia una utilización axiomática de los conceptos y categorías doctrinales al uso y una aplicación singular del material dogmático al supuesto de hecho que se somete a revisión jurisdiccional. Es decir, es el caso concreto el que determina su resolución en función de esas categorías conceptuales y doctrinales de profunda raíz histórica, de forma que la dogmática jurídica no es el punto de partida que permite llegar a una conclusión lógica y jurídicamente razonada, sino un argumento conveniente que permite solventar la concreta controversia que se está conociendo.

Puede afirmarse, dicho asimismo con carácter general, que la interpretación y aplicación de los preceptos afectados se hace de forma favorable —es decir, expansiva— al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno. Bien porque cualquier contenido se reconduce al concepto lável de «ejecución»; bien porque aún distinguiéndose entre los varios matices existentes, se homologan sin embargo unas y otras normas reglamentarias.

Potestad reglamentaria y Reglamentos

Ya se anticipó que la potestad reglamentaria no es ni una potestad única ni sus productos normativos son uniformes. Distintas son la potestad reglamentaria del Gobierno y la potestad reglamentaria de la Administración; como distintos son los perfiles constitucionales y legales de una y otra clase de «organización». Tam-

²⁰ Se da pie para distinguir entre «Reglamentos de ejecución» y «Reglamentos de desarrollo». Los primeros son aquellos a los que la ley llama expresamente en su cuerpo para que sus previsiones puedan tener, mediante la oportuna concreción reglamentaria, plena operatividad y eficacia. Los segundos, ampararían a los «Reglamentos delegados o habilitados» por la Ley para que sea el Gobierno y no la Cámara la que cierre la ordenación legal que se pretende. Vid. el análisis que J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *op. cit.*, p. 165 y ss., dedican a la estructura dogmática de las cláusulas de remisión legislativa.

bién se ha precisado que una y otra clase de potestades generan productos reglamentarios sustancialmente distintos, siendo no ya especies distintas de un mismo género, sino incluso, casi géneros distintos. En la primera eventualidad, tampoco son especies uniformes, sino que ambas admiten varias subespecies. Dicho esto desde la estricta perspectiva jurisprudencial, pues las perspectivas constitucional [arts. 97 y 106.1 CE] y legal [arts. 12.1.a) LOFAGE; 4.1.b), 5.1.h) y 23 LG] no permiten la construcción de una teoría general del Reglamento gubernativo o del Reglamento administrativo. Tal es así que usualmente la cita apodíctica del art. 97 CE es el fundamento si no único sí el prevalente para concluir en la regularidad legal y constitucional de la norma reglamentaria en cada caso cuestionada.

Como punto de partida y a efectos meramente dialécticos, sobre el soporte legal antes extractado partamos de una clasificación de los Reglamentos, de gran arraigo doctrinal y jurisprudencial, que es aquella que distingue entre Reglamentos ejecutivos, independientes y de necesidad²¹.

Muy someramente, los primeros «se dictan en virtud de [...] remisiones normativas de la Ley en favor del Reglamento [y la función a la que responden es] la de completar y desarrollar la Ley en que se apoyan»²²; los segundos, sólo caben «en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial, y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados»²³; los últimos, se justifican «únicamente en función de un estado de necesidad, de una situación de emergencia, cuya excepcionalidad coloca en primer plano el viejo principio *salus populi suprema lex esto*».

Ciertamente, el actual estado de la cuestión evidencia el carácter histórico de una clasificación como la señalada que, por un lado, ya no abarca todos los supuestos reglamentarios y, por otro, los que define lo son con unas limitaciones que, desde luego, ya no dan cabida a la casuística que la realidad es capaz de brindar.

²¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1989, pp. 224 y ss.

²² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, pp. 224 y 225. «Dos razones concurren a explicar este proceso: por una parte, los tecnicismos de la actuación administrativa no son conocidos por el órgano legislativo y por ello se remiten a la determinación de la Administración; por otra parte, el concurso de las normas paralelas puede permitir a la más solemne de ambas, la Ley, una concentración de principios más inmune al paso del tiempo, en tanto que el casuismo reglamentario puede ser objeto de adaptaciones constantes».

²³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, pp. 236 y 237. Los Reglamentos independientes de la Ley «no completan ni desarrollan ninguna Ley previa, sino que surgen al margen de toda Ley de habilitación [...], pues en este caso la Administración ejercita una facultad de autodisposición sobre sí misma».

En su formulación mas clásica²⁴, Reglamento ejecutivo es aquél Reglamento que se encuentra «directa y concretamente ligado a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (o Leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento». Ya en fecha tan tardía como la señalada, el hoy Alto Órgano Consultivo del Gobierno del Estado advirtió el carácter multifuncional del Reglamento denominado «ejecutivo», nomen bajo el que encontraban cobijo distintas clases de Reglamentos que compartían una cierta conexión con la Ley o Leyes pero que eran reducidos a la unidad bajo el uso de una terminología, de procedencia claramente doctrinal, que hoy necesita ser desmenuzada, no ya a los meros efectos metodológicos, clasificatorios o doctrinales, sino estrictamente legales o constitucionales. Debiendo precisarse en cualquier caso que la vigente LG [arts. 5.1.h) y 23.2] califica a tales Reglamentos, aprobados por el Consejo de Ministros y con vestidura de Real Decreto, como «Reglamentos para el desarrollo o colaboración y ejecución de la Ley», de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Los primeros, ciertamente, estaban nominativamente contemplados en la LJRAE²⁵ y su contenido definido doctrinalmente por el Consejo de Estado con una formulación amplia que debe depurarse [lo que, por cierto, no ha hecho la Jurisprudencia, la cual se ha caracterizado por un uso laxo de esta categoría, como seguidamente se verá] para que el concepto «Reglamento ejecutivo» tenga el alcance constitucionalmente posible y pueda distinguirse de otros productos normativos secundarios²⁶ y, por extensión, para que la delimitación de funciones entre Gobierno y Parlamento sea nítida.

Esta delimitación requiere, sin embargo, que efectuemos ciertas precisiones conceptuales de carácter previo, al hilo precisamente de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que evidencian cómo en esta materia existen ciertos solapamientos

²⁴ Que arranca de la definición que de los mismos hizo el Consejo de Estado, en Moción de 22 de mayo de 1969, y que ha sido asumida, con carácter general, por doctrina y Jurisprudencia.

²⁵ Art. 10.6, según el cual al Consejo de Ministros le correspondía la competencia de «proponer al Jefe del Estado la aprobación de los Reglamentos para la ejecución de las Leyes, previo dictamen del Consejo de Estado». Posteriormente, la LOE [art. 10.2] precisó que era el Consejo de Ministros quien «ejerce la potestad reglamentaria», no pudiendo olvidarse que era el Jefe del Estado el que dirigía «la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros».

²⁶ Lo que tiene efectos, además, en la intervención preceptiva del Consejo de Estado, que, conforme a su Ley reguladora [art. 22.2 LOCE], debe dictaminar sólo los «Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones».

conceptuales, fruto por otra parte del hecho de que nos encontramos ante conceptos con perfiles anfibológicos o polisémicos.

El primer ámbito que debemos aprehender es el del «Reglamento ejecutivo», el cual puede ser delimitado en forma positiva y negativa. Desde esta segunda perspectiva, no son Reglamentos ejecutivos los actos autorizantes, los de simple aplicación de una norma legal que se agota con su ejercicio²⁷ y²⁸ los actos plúrimos, incluso con cierto contenido normativo, pero cuya finalidad esencial es la de programar las funciones a realizar²⁹ -³⁰. Desde la primera perspectiva, tal categoría se presenta cuando su objeto son «disposiciones generales» que pasarán a integrar el Ordenamiento jurídico con las características de generalidad y permanencia³¹ y por ello³², como complemento de la ley, capaz de incidir en la esfera de derechos y obligaciones de los ciudadanos, siendo éste el dato relevante que permite considerar «Reglamentos ejecutivos» tanto a los denominados «Reglamentos generales» de desarrollo de la totalidad de una Ley como «Reglamentos específicos», que desarrollan determinados preceptos de la misma³³.

No obstante la aparente simplicidad de la distinción/relación entre Reglamento y acto y entre Reglamento y disposición general, el Tribunal Supremo ha distinguido casos híbridos que evidencian, precisamente, la dificultad de perfilar con nitidez los contornos del «Reglamento ejecutivo». Tal es el denominado «acto normativo»³⁴ crípticamente definido como «elemento normativo desgajado como unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma», con la consecuencia de que «cuando de elaborar un acto normativo de este tipo se trata, la doctrina suele entender que el procedimiento formalizado de los arts. 129 y siguientes [de la

²⁷ STS de 12/6/95 (F.D. primero). Ar. 5011.

²⁸ STS de 17/7/95 (F.D. primero). Ar. 6040.

²⁹ STS 19/9/97 (F.D. tercero). Ar. 6429. Se reitera la doctrina sentada en las SSTS de 10/11/94; 31/5/96; 5, 12 y 19/7/96; 13, 16 y 27/9/97 y 10/1/97. Id. STS de 21/3/97 (Ar. 2366).

³⁰ STS de 21/3/97 (F.D. tercero). Ar. 2365, STS de 21/3/97 (F.D. tercero). Ar. 2366, STS de 10/1/97 (F.D. segundo). Ar. 382.

³¹ Auto de 24/7/95 (F.D. tercero), sala 3ª, sección 5ª. Ar. 6097. De ahí que los pliegos de condiciones de los contratos no puedan ser considerados como Reglamentos ejecutivos.

³² STS de 25 4/97 (F.D. segundo). Ar. 3417. Las Órdenes de convocatoria y resolución de pruebas selectivas tampoco son Reglamentos ejecutivos, pues no pretenden innovar el ordenamiento.

³³ STS de 27/11/95 (F.D. cuarto). Ar. 8944. Identificar «Reglamento ejecutivo de Ley» y «Reglamento general» es una «arcaica acepción interpretativa».

³⁴ STS de 20/9/77. Ar. 7233.

LPA] no es exigible, o lo es de forma menos rigurosa que cuando de verdaderos Reglamentos se trata»³⁵.

También existen determinados actos plúrimos que, a ciertos efectos, son considerados como disposiciones generales dada «su vocación normativa». Tal es el caso de las «relaciones de puestos de trabajo», pues no obstante su calificación de «cuestiones de personal» sin embargo se han considerado apelables las sentencias pronunciadas sobre las mismas, dándoles así desde el punto de vista estrictamente procesal el tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso se haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella denominada vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos»³⁶.

Fuera de estos supuestos límite nos hallamos ante una potestad, la reglamentaria, que la Constitución aísla y distingue de la «función ejecutiva», aunque atribuye ambas al Gobierno. Qué duda cabe que el concepto «ejecutivo» ha sufrido también una mutación histórica al hilo de la pareja ampliación de lo «gubernativo». Si inicialmente el Gobierno sólo podía actuar en cumplimiento del mandato legal que «ejecutaba» —de ahí el nomem «Poder Ejecutivo»— es indudable que hoy —y ello resulta del propio tenor constitucional— el Ejecutivo —el Gobierno, mas propiamente— no sólo ejecuta, sino dirige la política y la Administración y ejerce potestad reglamentaria y otras de carácter constitucional que no son del caso considerar aquí. Ahora bien, no debemos confundir potestades y funciones, pues la Constitución no lo hace. La función ejecutiva, núcleo originario de las potestades gubernativas, hace referencia a la «ejecución de los mandatos legales [...], cometido tradicional del Gobierno»³⁷; función ejecutiva que se distingue de

³⁵ Sentencia de la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ de 25/2/94. Ar. 6352. Se reitera la doctrina en la STS de 3/3/95 (F.D. primero). Ar. 2305. Estos casos límite expresan una respuesta insatisfactoria tanto desde el punto de vista doctrinal como técnico. Los conceptos mixtos o híbridos, como las instituciones de doble naturaleza, suelen ser una respuesta pragmática a una determinada situación que no encuentra acomodo exacto en los conceptos o categorías al uso. Incluso, un artificio técnico utilizado para evitar su reconducción a alguna de las categorías existentes cuyo régimen jurídico se trata de soslayar. En este caso, la simple probabilidad de la existencia de un híbrido acto/norma pone en jaque la dogmática mas sólida. Por otra parte, la teoría doctrinal —que el Tribunal Supremo asume— ni siquiera tiene general unanimidad en cuanto a determinar en este caso la medida de lo normativo.

³⁶ STS de 3/3/95 (F.D. segundo). Ar. 2305.

³⁷ Luis LÓPEZ GUERRA, *Col. Derecho Constitucional*. Volumen II, 2ª edición. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado. Tirant Lo Blanch Libros. Valencia 1994. p. 178.

la «función ejecutiva de carácter administrativo» que desempeña la Administración General del Estado dirigida por el Gobierno. A fin de no confundir conceptos ni instituciones³⁸, la función ejecutiva a que hace referencia el art. 97 CE es la «función ejecutiva gubernativa» que, en el entendimiento clásico, se configura como «ejecución o cumplimiento de mandato legal». Se trata, pues, de una función que está mas cercana a lo «aplicativo» que a lo normativo o reglamentario, siendo distintos el fundamento, contenido y alcance de ambas potestades. Es suma «la potestad reglamentaria ejecutiva o de ejecución de Ley» no se confunde constitucional, legal ni jurisprudencialmente con la «función ejecutiva» gubernativa³⁹. Tal es así, que los actos ejecución de mandatos de la Ley y con vestidura formal de Real Decreto no tienen jurisprudencialmente la consideración de «disposiciones reglamentarias» sino de «acto de ejecución». En efecto, la aprobación mediante Real Decreto de, por ejemplo, un Plan General de Transformación en aplicación de lo previsto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario «no es una disposición de carácter general sino un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos, que constituye además el acto inicial de dicho procedimiento»^{40 - 41}.

³⁸ Para LÓPEZ GUERRA [*Derecho...*, p. 179] la función ejecutiva a que hace referencia el art. 97 CE se lleva a cabo en ocasiones por el Gobierno, aunque «el grueso de las tareas ejecutivas se suele encomendar por las normas legales a los Departamentos ministeriales o, mas genéricamente, a la Administración».

³⁹ No se comparte, pues, la opinión de LÓPEZ GUERRA [*Derecho...*, p. 179] conforme a la cual «... la función ejecutiva aparece estrechamente relacionada con otras funciones del Gobierno: la función reglamentaria (pues la normativa reglamentaria se configura en muchas ocasiones como requisito previo y necesario para la ejecución de los mandato legales) y la dirección de la Administración».

⁴⁰ STS 19/9/97 (F.D. tercero). Ar. 6429. Aunque «incluye un cierto contenido normativo, no tiene naturaleza unitaria y [...] ni tan siquiera predominante [...], sino que destaca su significado de programación de actuaciones a realizar, que se agota con su cumplimiento. No incorpora propiamente un contenido normativo que se integre en el Ordenamiento jurídico con el establecimiento de derechos y obligaciones; supone, por el contrario, una decisión gubernativa, conforme a [la ley ...] acordando una de las actuaciones prevista en [la misma...]. Esta indudable importancia de la decisión que incorpora el Real Decreto ni le otorga carácter normativo, ni puede olvidar que el examen jurisdiccional debe limitarse [...] al examen y comprobación de la adecuación del mencionado Real Decreto al Ordenamiento jurídico». Se reitera la doctrina sentada en las SSTs de 10/11/94; 31/5/96; 5, 12 y 19/7/96; 13, 16 y 27/9/97 y 10/1/97. Id. STS de 21/3/97 (Ar. 2366).

⁴¹ STS de 21/3/97 (F.D. tercero). Ar. 2365. STS de 21/3/97 (F.D. tercero). Ar. 2366. STS de 10/1/97 (F.D. segundo). Ar. 382.

A idéntica conclusión se llega cuando el acto gubernativo es meramente autorizatorio, lo que excluye su consideración de norma reglamentaria. En efecto, el Reglamento «no constituye [...] una disposición general, no obstante su denominación [...] atendiendo a su contenido meramente autorizante y de simple aplicación de una norma. Es por ello una Orden que se agota en su cumplimiento, y no resulta en consecuencia de aplicación para la adopción de dicho acto el trámite de audiencia previsto en el art. 130.4ª de la Ley de Procedimiento Administrativo»⁴². El hecho de que no todo «Reglamento» contiene «normas reglamentarias» no es sino la respuesta constitucionalmente relevante de la distinción entre «función ejecutiva» y «potestad reglamentaria» y, como premisa, la distinción que se adivina entre «función» y «potestad»⁴³. El desgajamiento de aquella originaria e inicial «potestad ejecutiva» gubernativa de otras potestades/funciones hoy constitucionalmente reconocidas (de dirección política; reglamentaria) ha determinado que, hoy, la «función ejecutiva», o si se quiere «la potestad ejecutiva», tenga el contenido residual que se ha expresado. Una interpretación contraria confundiría, por un lado, la «potestad ejecutiva» con la «potestad reglamentaria», haciendo de ésta una subespecie de aquella o el instrumento a través del cual aquella se actúa, desconociendo el tenor constitucional que, sin ambages, distingue entre una y otra potestad; y, por otro, solaparía la «potestad ejecutiva (función, dice la Constitución) gubernativa» con «las funciones ejecutivas de carácter administrativo»⁴⁴. Por lo

⁴² STS de 12/6/95 (F.D. primero). Ar. 5011.

⁴³ Al margen de la historicidad del concepto «función ejecutiva», no se puede dejar de señalar que la Constitución habla de «potestad legislativa», «potestad reglamentaria» y de «potestad jurisdiccional» y, sin embargo, habla de «función ejecutiva» (arts. 66.2, 97 y 117.3 CE). Tampoco podemos dejar de señalar cómo en las normas estatutarias de delimitación competencial [art. 30, último párrafo, del Estatuto de Autonomía de Canarias], se distingue entre «potestades legislativa y reglamentaria y funciones ejecutivas y administrativas» [arts. 13.a); 15.1 y 2; 22.3 del Estatuto de Autonomía de Canarias]; conceptos que se repiten en los arts. 30, último párrafo, y 40.2 id. . Desde el punto de vista competencial, la «competencia de ejecución» per se es excluyente de cualquier contenido normativo y solo ampara la aprobación de «Reglamentos de organización o de servicios».

⁴⁴ J.M. DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*. Tecnos. Lecciones de Derecho Administrativo. 1983, p. 79. «...debe distinguirse con toda claridad entre los «poderes del Estado» y las «potestades administrativas». Los «poderes» (tómense, si se quiere, los clásicos legislativo, ejecutivo y judicial) participan de la soberanía y, por lo mismo, son cualitativamente diferentes de las potestades que en ningún caso pueden ser soberanas». A lo que habría que añadir que tampoco las «potestades» que ejercen los «poderes» son soberanas, pues están sometidas, todas, a las Constitución y las «ejecutivas o gubernativas, además, a la Ley.

expresado, las potestades ejecutiva y reglamentaria si bien comparten —como no podía ser de otra manera— un mismo punto de conexión —es decir, la Ley— sin embargo cumplen cada una de las mismas una función constitucional diferente. La consecuencia de ello es que un Reglamento puede contener «normas reglamentarias» y «actos de aplicación legal expresión de la potestad estrictamente ejecutiva del Gobierno», con las pertinentes consecuencias que de esa distinta clasificación se desprenden en Derecho⁴⁵. Consecuencias que en ocasiones se confunden, llegándose a soluciones prácticas pero no muy fidedignas con la naturaleza y alcance de las potestades que se ejercitan.

En los supuestos-límite a que se ha hecho referencia anteriormente es predominante el carácter de «acto plúrimo de aplicación» cuyo contenido normativo «destaca su significado de programación de actuaciones a realizar que se agota con su cumplimiento», lo que reconduce la actuación gubernativa a ámbitos que no son propiamente «reglamentarios» sino «estrictamente ejecutivos o de dirección administrativa». Respecto de esta última función, debemos recordar que al Gobierno le corresponde «adoptar programas, planes, y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado» [art. 5.1.j) LG, en relación con el art. 97 CE]. Tal es la razón que explica que en ocasiones el contenido de ciertos Reales Decretos de contenido «aparentemente normativo» no tengan sin embargo la condición de «disposición general»; es decir no son expresión del ejercicio de la «potestad reglamentaria» sino de las potestades «ejecutiva y de dirección de la Administración»; todas ellas, eso sí, del Gobierno.

Al margen de esta apreciación, la técnica normativa utiliza el concepto «aplicación» para hacer referencia a lo que parece una determinada clase de Reglamento ejecutivo, que podríamos denominar aplicativo. Tal es el caso previsto en el art. 22.2 de la Ley de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que al regular los supuestos de audiencia preceptiva de las Asociaciones de tal condición, contempla a los «Reglamentos de aplicación de esta ley»⁴⁶, que parece hacer referencia a aquellos Reglamentos cuya aprobación reclama la Ley directamente.

La anfibología y los solapamientos conceptuales, de raíz doctrinal y de asunción jurisprudencial, obligan, por un lado, a que la Ley depure con precisión los supuestos de intervención gubernativa, sean de carácter ejecutivo-aplicativo o normativo-reglamentario; y, por otro, que el Gobierno actúe en consecuencia. Qué

⁴⁵ Pues, por ejemplo, sólo a las primeras le sería exigible el procedimiento de elaboración de las «normas reglamentarias» [disposiciones generales] o, incluso, el Dictamen preceptivo del Consejo de Estado; mas no a las segundas.

⁴⁶ Citada en la STS de 10/5/95 (F.D. primero). Ar. 3673. Parece hacer referencia, fundamentalmente, a los Reglamentos que se mencionan en el art. 39.1 de la Ley.

duda cabe que la distinción entre unos y otros contenidos es susceptible de generar dudas que, finalmente, deberán ventilarse ante los Tribunales de Justicia. Ahora bien, tales dudas se disiparían en gran medida no sólo mediante una depurada técnica de delimitación jurisprudencialmente decantada, sino utilizando una precisa vestidura formal que no diera lugar a error⁴⁷. El hecho es que comparten idéntica vestidura formal actos gubernativos de contenido no exactamente idénticos. Aunque lo relevante no es esto, sino el uso circunstancialmente alternativo de las técnicas; en suma, de los conceptos.

Sea cual fuere el contenido que conforme a la Constitución y la ley debe tener el «Reglamento ejecutivo», resulta obvio pero debe decirse que los conceptos «ejecutivo» o «ejecución» tienen un contenido normativo y no administrativo, pues nos movemos en el plano de las fuentes del Derecho y no en su nivel aplicativo [también denominado «ejecutivo»], lo que propiamente es función administrativa, como con claridad manifiesta la LOFAGE⁴⁸, cuyo sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y su carácter instrumental y servidora de los intereses generales la excluyen de intervenir libremente en los procesos de creación del Derecho⁴⁹. Esta nueva anfibiología conceptual [las acepciones normativa y administrativa del concepto «ejecución»] recomienda tener presente, máxime la utilización que hacen los textos legales de tales conceptos [arts. 23.2 LOCE; 2.1 LOFAGE; 5.1.h) LG], ante qué acepción nos encontramos en cada caso, sin perjuicio de advertir, como se verá, que existen otras definiciones más expresivas e idóneas para los Reglamentos que «desarrollan o colaboran», de forma que el concepto «ejecutivo» identificaría, eliminado ya su uso anfibiológico, el ejercicio de funciones no

⁴⁷ El «Reglamento» puede tener condiciones de generalidad y permanencia o, por el contrario, destinatario singular (una pluralidad indeterminada de sujetos, pero determinable; es decir, no obligando a todos los que se encuentren en la misma situación, sino afectando sólo a determinadas personas) agotándose con el cumplimiento de lo que se acuerda. Dicho de otra forma, puede formar parte o no «del ordenamiento jurídico propiamente dicho» en la medida que, con el mencionado carácter general y de permanencia, incorpore o no a tal ordenamiento «derechos y obligaciones». Sería oportuno reservar la vestidura formal de Real Decreto para los Reglamentos de ejecución de Ley, de forma que los «actos de ejecución gubernativa» o las «directrices de dirección administrativa» adoptaran la forma de «Acuerdos del Consejo de Ministros», pues, al fin y al cabo, dado su carácter no normativo «no deben adoptar la forma de Real Decreto» [art. 25.c) y d) LG].

⁴⁸ Art. 2.1: «La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo»

⁴⁹ Sin perjuicio de que, como veremos, dentro de la mencionada función ejecutivo-administrativa se incluyan los denominados Reglamentos de organización o de servicios.

normativas de carácter administrativo o gubernativo-aplicativo⁵⁰. En cualquier caso, se trata de dejar clarificado que la «ejecución normativa» nada tiene que ver con la «ejecución administrativa», pues se trata de funciones cualitativamente diferentes que se sustentan o apoyan en potestades sustancialmente distintas. Si lo «innovativo» es lo propio de la primera, a la segunda le corresponde lo «aplicativo»⁵¹. Es más, desde el punto de vista estrictamente competencial, los Reglamentos de ejecución de ley son algo más que «meras normas reglamentarias», desde el momento en que se encuentran incluidos en el concepto «legislación» que, como tal, se opone al de «ejecución» [potestades administrativas ejecutivas]⁵². Ello es así porque el Reglamento de ejecución, en cuanto producto de la potestad reglamentaria, es expresión de una «técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, como un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad»⁵³. Esta idea de colaboración internormativa «relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de Ley y acentúan, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas».

⁵⁰ Aunque, a efectos competenciales, se advierte que uno y otro concepto se utilizan con carácter alternativo. Cfr. arts. 30, último párrafo; 32; 33; y 40.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias.

⁵¹ STC 39/82 (F.J. 4.). «La coincidencia de regulaciones materiales en la relación Ley-Reglamento, en la que éste asume el desarrollo normativo, que complementa o pormenoriza el texto de la Ley, no significa la negación de la nota de lo «innovativo», como una de las que se predicán, acertadamente, para definir lo que es reglamento y no ejecución, pues innovar es también [...] el desarrollo de normas anteriores. Desarrollo normativo se distingue de la aplicación, en el esquema de la distinción entre reglamento y acto».

⁵² STC 18/82 (F.J. 5): «... cuando la Constitución emplea el término legislación [...] incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad [...] de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre la Ley y el Reglamento [o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa] del instrumento legal, puede lograrse. Mientras que, por el contrario, no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a los aspectos organizativos».

⁵³ STC 18/82 (F.J. 3). Nótese que en esta inicial jurisprudencia del Tribunal Constitucional se conecta la potestad reglamentaria ejecutiva con la «Administración», que, en efecto, posee ciertamente cierta potestad reglamentaria, no precisamente ejecutiva en los términos reseñados, y de alcance necesariamente limitado. Por otra parte, la «ordenación de la sociedad» es labor propia de los Órganos constitucionales parlamentario y gubernativo.

Doctrinal⁵⁴ y jurisprudencialmente⁵⁵, se ha definido el Reglamento de ejecución de Ley mediante una identificación casuística de supuestos normativos reglamentarios cuya presencia era signo de que, en efecto, estábamos en presencia de uno de tales Reglamentos. Esta definición, válida en su tiempo, debe ser revisada, pues los Reglamentos de ejecución, conforme al contenido que se da a tal concepto, presentan perfiles y matices singulares que permitirían configurar subespecies reglamentarias distintas.

En efecto, si el concepto «desarrollo» define una de las posibles formas de relación entre la Ley y el Reglamento de ejecución, también explica la situación de concurrencia normativa entre normas estatales [normas básicas legales y, excepcionalmente, reglamentarias] y autonómicas de «desarrollo» de tales bases. La sujeción del Reglamento de ejecución a la Ley habilitante es, con carácter general, mas fuerte y estrecha que la que se posee cuando se desarrollan bases, pues si en primer caso se trata de mantener la «uniformidad en la ordenación jurídica en la materia» [STC 18/82, F.J. 1], en el segundo se persigue que cada Comunidad Autónoma tenga su política propia, lo que permite ordenaciones autonómicas disímiles, siempre que no se contradiga a las bases⁵⁶. Esta distinción se hace notoria desde la perspectiva del Derecho autonómico⁵⁷, aunque no es evidente si la potestad reglamentaria que se analiza es la del Estado. La cuestión es si tal distinción, que materialmente existe, permite inferir un límite implícito al ejercicio de la potestad reglamentaria [sólo es lícito el Reglamento de ejecución que se mantenga dentro de la habilitación de ley] o, por el contrario, sólo tiene relevancia desde el punto de vista competencial, mas no normativo, de forma que pudiera entenderse que el Reglamento de ejecución de ley, en efecto, tiene todo el alcance posible en tanto sea «compatible» con la ley de cobertura. Concepción ésta última del «Reglamento ejecutivo» que se ha ido abriendo paso en la Jurisprudencia de

⁵⁴ Moción del Consejo de Estado, de 22 de mayo de 1967, antes citada, que fue elevada al Gobierno. Se está ante un Reglamento ejecutivo cuando el Reglamento, directa y concretamente ligado a una Ley o conjunto de Leyes, las completa, desarrolla, pormenoriza, aplica, cumplimenta o ejecuta.

⁵⁵ STC 18/82 (F.J. 3), que reproduce la definición que figura en la nota anterior.

⁵⁶ El Reglamento de ejecución de Ley debe ser «conforme» a la Ley. El «desarrollo» de las bases basta con que sea «compatible» con tales bases.

⁵⁷ Desde la perspectiva autonómica, ciertamente es posible apreciar la distinción entre Reglamento de ejecución de ley autonómica y Reglamento de desarrollo de bases estatales. Desde la perspectiva del Derecho estatal, el Reglamento de ejecución de ley estatal está sometido a los límites conocidos pero sigue siendo un colaborador de aquélla; el Reglamento por el que se fijan bases tiene un alcance excepcional y limitado, pues «el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley» (STC 18/82, F.J. 1).

los Tribunales Supremo y Constitucional que de considerarlo como «desarrollo directo y concreto de la Ley» han llegado a definirlo como «complemento indispensable de la Ley».

Mas adelante se analizará con mas detenimiento el alcance de esta distinción. Sí debe destacarse en este punto la parcial coincidencia —siquiera de conceptual— que parece existir entre la función que cumple el «Reglamento de ejecución» y la que desempeña el «desarrollo de bases», innecesaria del todo punto y generadora de cierta confusión, toda vez que en este segundo caso nos encontramos ante situaciones ordinamentales complejas que exceden manifiestamente lo meramente «ejecutivo» pues cuando de desarrollo de bases se trata estamos, ciertamente —por mor de la concurrencia competencial al que la base sirve—, ante una integración inter normativa cualitativamente distinta, por su forma y en el fondo, de la relación Ley-Reglamento de ejecución. Es decir, el «desarrollo» de la base por su propia naturaleza tiene un alcance mucho mas amplio e intenso y aquí, en puridad, cabe cualquier desarrollo en tanto no se oponga o contradiga a la base, por lo que la relación entre base y desarrollo mas que de subordinación [que es la que, con mayor o menos alcance, late en la relación Ley-Reglamento de ejecución] es de complementación.

Lo dicho no es un inocuo excurso teórico. Extender los fundamentos de índole constitucional que explican la relación básica de forma descontextualiza para definir o explicar la relación Ley-Reglamento de ejecución tiene el nada desdeñable efecto de «ampliar» el campo natural —el constitucionalmente permitido— de la genérica potestad reglamentaria que aquí se considera, siendo así que se trata de realidades normativas distintas, hasta el punto de que no es descabellado entender que nos hallamos antes géneros normativos diferentes, aunque en ambos casos se doten las respectivas normas de idéntica vestidura formal.

En efecto, la Jurisprudencia distingue entre «la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley y aquellas normas secundarias pero necesarias para completar el Ordenamiento jurídico, como son los Reglamentos ejecutivos»⁵⁸ o para «la puesta en práctica de la Ley»⁵⁹. Sin perjuicio

⁵⁸ STS de 20/2/96 (F.D. segundo). Ar. 1213.

⁵⁹ STS 14/10/96 (F.D. primero). Ar. 8651. Id. STS 5/12/96 (F.D. primero). Ar. 9256. No puede olvidarse que la reserva de ley lo es de materia y el alcance e intensidad de esta reserva lo determina libremente el legislador quien en cada caso decidirá, por activa y por pasiva, el margen que queda para la ordenación reglamentaria. La base, por el contrario, debe tener un contenido preciso —el «común denominador normativo»— y un alcance limitado, a fin de no afectar, vaciándolo de contenido, el desarrollo que de las bases hagan las Comunidades Autónomas.

de que por otras vías interpretativas se llegue al mismo resultado, debiéramos [cuando se trata de enfrentarnos a la genérica potestad reglamentaria; en suma, a la relación Ley-Reglamento de ejecución] desembarazarnos de opiniones o clasificaciones doctrinales que, sin perjuicio de su utilidad académica o pedagógica, enturbian lo que debiera ser el correcto entendimiento de la naturaleza, contenido y límites de la potestad que consideramos y del producto normativo resultante.

Es el momento de recordar —y a tal efecto basta la pertinente remisión— que las potestades constitucionales, y los poderes que las ejercen, no son originarios sino, respectivamente, derivadas y constituidos. La potestad reglamentaria es, si cabe, doblemente derivada, pues no sólo lo es con la generalidad de las demás potestades constitucionales [es decir, de acuerdo con la Constitución], sino que su ejercicio deberá hacerse también «de acuerdo con ... las leyes». De ahí que la potestad reglamentaria gubernativa [constitucionalmente prevista y por ello relevante constitucionalmente] sea una «potestad habilitada», en la acepción estricta del concepto «de acuerdo con la Constitución y las leyes», relativizada sin embargo sobremanera por el hecho de que la «cláusula de conformidad» se ha acabado convirtiendo en «ausencia de disconformidad», debiendo recordarse en este punto que si las Cortes Generales «pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer título específico para ello [...], esta potestad tiene sus límites derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste»⁶⁰. Estamos, pues, ante una potestad que, con carácter general, es «habilitada» —sea la habilitación genérica o específica— y no originaria, expresión que tiene el efecto de atenuar el rigor y el alcance de la mencionada «habilitación». El grado de esta «habilitación» es determinante del nivel de «íntima colaboración»⁶¹ que la Ley exige y el Reglamento presta. Esta «colaboración», sin embargo, «sólo adquiere

⁶⁰ Con mayor motivo aún, cuando la potestad concernida es la reglamentaria, ejercitable «de acuerdo con la Constitución y las leyes». A tal efecto, se recuerda que «la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador [... de forma que] la actuación de los poderes constituidos nunca [podrá] rebasar los límites y las competencias establecidas por [el poder constituyente]. STC 76/83, F.J. 4.

⁶¹ STC 18/82 (F.J. 3). Tal colaboración dependerá del «ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos [con lo que se está haciendo referencia a la reserva de ley], de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario». Id. STC 35/82 (F.J.2).

verdadera virtualidad respecto de aquellos Reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la Ley, y al propio tiempo, la exigencia de una mas específica habilitación legal» [STC 18/82, F.J. 4]. Este aparente «conflicto normativo» deja traslucir —debe traducir— la realidad constitucional que le subyace, tanto a nivel organizativo como de principios del sistema. No se puede ocultar que, en efecto, «la distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita» [STC 35/82, F.J. 2]. El Reglamento de ejecución de Ley aparece, pues, desde la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional como un Reglamento necesariamente habilitado por la Ley de forma específica como expresión en suma del régimen parlamentario constitucionalizado que se expresa en el ejercicio por las Cortes Generales de la potestad legislativa y en la primacía de la Ley»⁶². En este contexto, el Reglamento de ejecución de Ley ejecuta o desarrolla la ley, pero en los precisos y habilitados términos que la misma señala. Si no fuera así, los límites a los que la Constitución somete el ejercicio de la potestad reglamentaria quedarían vacíos de contenido. Tampoco se puede vaciar de contenido —de su contenido— a la potestad reglamentaria. Su precisa delimitación no tiene sin embargo tratamiento jurisprudencial unánime, yendo desde una interpretación estricta —que responde a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional antes reproducidos— hasta otra sumamente laxa que admite la corrección constitucional y legal de un Reglamento que no siendo contrario a previsión legal expresa sin embargo ordena aspectos no previstos en la Ley. Entre ambos extremos, se encuentra una amplia tipología de Reglamentos a cada uno de los cuales responde, seguramente, cada uno de los conceptos utilizados para definir al Reglamento ejecutivo. En cada concepto subyace una silente ampliación del contenido de la potestad reglamentaria que hunde sus raíces en el «principio monárquico» que justificaba para la Administración un ámbito exento de la genérica y siempre exigible habilitación legal⁶³. Hoy, aquel inicial espacio de la potestad reglamentaria se residencia

⁶² STC 29/82 (F.J. 1). Ley que es la «expresión de la voluntad soberana del pueblo representada por las Cortes, únicamente sometida a la supremacía de la Constitución».

⁶³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.* pp. 195 y 196. «En fin, en cuanto a los ámbitos de aplicación de una y otra norma, la Ley se aplicaría de manera preferente a las relaciones interprivadas, en tanto que el Reglamento tendría su campo mas específico en las materias de Gobierno y Administración. [...] De este modo quedaba claro que el Reglamento era una fuente autónoma e independiente de producción, no necesitada de habilitación parlamentaria».

en los doctrinalmente denominados «Reglamentos independientes» definidos por activa y por pasiva por el Tribunal Constitucional y calificados como «Reglamentos de organización»⁶⁴, pues, como veremos, el concepto «Reglamento independiente» tiene hoy otro contenido y alcance.

Así pues, en su acepción mas estricta y estrecha el concepto Reglamento de ejecución de Ley hace referencia a una norma que tiene un origen preciso —la Ley— y una finalidad asimismo nítidamente delimitada —ser complemento de la Ley—. Es decir, hacer posible que los mandatos de la Ley puedan ser efectivos, de donde surge la idea de «colaboración», cuya intensidad [dicho de otra forma, la «libertad reglamentaria»] dependerá de ciertas circunstancias, toda ellas en cualquier caso de determinación legal. No se trata tanto de que «el Reglamento colabora con la Ley» cuanto que «la Ley llama al Reglamento», de forma condicionada y con alcance limitado, para que entre a normar determinados aspectos previstos en la regulación legal y que, para ser operativos, necesitan el complemento —indispensable— reglamentario.

Desde esta perspectiva, podemos decir que existe una «escala en la colaboración reglamentaria» que, por lo ya razonado, no puede ser objeto de libre disposición por parte del titular de la potestad que consideramos, de forma que con carácter general debe ser la Ley la que delimite su preciso alcance. Las razones de ordinario alegadas para justificar el reforzamiento y ampliación de los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria son o pueden llegar a ser una explicación de una realidad normativa cuya constatación se evidencia lisa y llanamente consultando los Boletines Oficiales. Mas esta explicación, que muchas veces se presenta como fatal, no es una explicación convincente desde la perspectiva jurídico-constitucional, por mas que pudiera resultar conveniente. Es que, en realidad, una explicación de un tenor tal parte de una premisa no sólo errónea sino hoy inaceptable en los términos latos en los que se plantea⁶⁵. La suficiencia y el paternalismo

⁶⁴ STC 18/82 (F.J. 4). Reglamentos que «todo lo mas alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos o con carácter general. Sin tratar la cuestión de si dichos reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente [...], hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente complementarios de la Ley».

⁶⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, pp. 198 y 199. «No hay, en efecto, posibilidad alguna de gobernar una sociedad como la actual, cuyas interrelaciones son cada vez mas complejas y sutiles, sin una Administración que asegure el mantenimiento de sus supuestos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes,

reglamentarios desconocen, simplemente, que cada órgano constitucional tiene una función precisa, sin que las deficiencias [reales o no; históricas o presentes] sirvan de excusa para que un órgano constitucional expanda sus potestades para ocupar los vacíos y corregir o suplir las deficiencias que presentan los demás.

No es menester reiterar lo ya expresado y de sobras conocido. La hipertrofia de los aparatos administrativo/gubernativo en una época en que la soberanía popular no tenía cauces institucionales de expresión y el limitado papel institucional desempeñado por las denominadas Cortes en el contexto del principio de «unidad de poder y coordinación de funciones» tuvieron unos efectos inevitables en la estructuración y relaciones entre los «órganos institucionales del Estado» [entre los que era el Ejecutivo, en sentido lato, el que ocupaba la posición preeminente y por serlo desempeñaba «la gobernación del Reino»]. La expansión «natural» de las potestades gubernativas en la dirección del Estado acabó por hacer perdurable una cierta consciencia institucional de que unas potestades gubernativas expansivas eran algo si bien no deseable sí inevitable. La devolución de la soberanía a su titular; la democrática representación de éste por las Cortes Generales a quien se atribuye el ejercicio de la potestad legislativa del Estado; la configuración de un sistema de gobierno parlamentario, con la posición, no prevalente, del Gobierno en el entramado constitucional del Estado; la distinción entre Gobierno y Administración y entre lo gubernativo y lo administrativo obligan, asimismo de forma inevitable, a recortar los excesos sin que estos puedan sustentarse las «deficiencias del sistema». Todas las objeciones que se suelen formular respecto de la actividad parlamentaria [menos su carácter de «órgano de representación política», que, lógicamente no puede ser corregido] pueden ser subsanadas, tanto desde el punto de vista organizativo como funcional. Si el protagonismo de la dirección política del Estado corresponde en gran medida al Gobierno, las Cortes Generales en lo normativo deben ir recuperando, de forma lenta pero progresiva, el espacio

uno de los cuales ha de ser, sin duda, según la experiencia universal, tan lejos ya de las razones circunstanciales del principio monárquico en que comenzó justificándose, la potestad reglamentaria. Ya hemos aludido a que la normativa creada con esta potestad se ha desatado en todas partes, en volumen, en complejidad, en fugacidad, y que ha pasado a ser la parte mas significativa del ordenamiento jurídico-administrativo. Frente a la solemnidad, lentitud, intermitencia del funcionamiento de los Parlamentos, la habitualidad, rapidez, continuidad de la producción reglamentaria [...]. La complejidad técnica de muchos de estos productos normativos tampoco haría posible atribuir su aprobación a un Parlamento de composición política, sin hábitos, sin conocimientos, experiencias, archivos o capacidad técnica».

que por razones en las que no es necesario insistir fue ocupado por otro órgano constitucional.

Lo dicho vale cuando se trata de perfilar los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno y sus relaciones respecto de la Ley y, por extensión, las Cortes Generales. No se trata necesariamente de recortar o privar de alcance, mucho menos de efectos, a la potestad reglamentaria gubernativa. Se trata simplemente de dar contenido material a una formulación constitucional de uso ritual o mecánico, como es que la potestad reglamentaria se ejercerá de acuerdo con la Constitución y las leyes. Relativizada la afirmación doctrinalmente tautológica de que la potestad reglamentaria es originaria y por ello sólo constreñida por la jerarquía normativa y la reserva de ley, debe explicarse o, al menos, darse sustantividad a aquella formulación constitucional.

La vinculación más directa del Reglamento con la Ley es la que se ha formulado bajo el nomen «Reglamento ejecutivo» o de «ejecución de ley». Explicar esa vinculación, su grado e intensidad, y sus variables nos lleva a analizar el mencionado tipo reglamentario que ha tenido un tratamiento no uniforme, lo que ha explicado su pluralidad de acepciones.

El Reglamento como desarrollo directo y concreto de la Ley

En su acepción más estricta, el Reglamento ejecutivo o de ejecución de Ley es aquel que «desarrolla de forma clara y directa a la Ley». Estos «Reglamentos de Ley»⁶⁶ se dictan como «ejecución o consecuencia de una norma de rango legal». En este caso, el Reglamento no goza de libertad para integrar el ordenamiento jurídico al margen de la previa ordenación legal. El fundamento de esta potestad con un alcance tan limitado se encuentra en que la citada potestad «ha de ser ejercida de acuerdo con la Constitución y con las leyes: así lo exigen los principios de legalidad y jerarquía normativa [...]. Todo reglamento ejecutivo, norma subordinada a la ley, responde a una exigencia: completar y desarrollar la Ley»⁶⁷. Esta tarea se debe mover en el espacio delimitado por la necesaria Ley —el «adecuado desarrollo de la Ley, [...] que implica no sobrepasar] los términos de la habilitación legal»⁶⁸— y porque esa función de cumplitud y desarrollo se atenga a su propio objeto —es decir, que el Reglamento «no contradice ni se excede de la

⁶⁶ STS de 15/7/96 (F.D. tercero). Ar. 6394.

⁶⁷ STS de 19/2/97 (F.D. primero). Ar. 1510. Id. SSTs de 19/2/97 (FF.D. segundo.1ª y tercero, respectivamente). Ar. 1508 y 1509.

⁶⁸ STS de 19/2/97 (F.D. segundo. 5ª). Vid. nota anterior. Ar. 1508.

Ley»⁶⁹—. En esta primera acepción, el Reglamento de ejecución de Ley es un instrumento normativo ciertamente de carácter secundario, pues en el mismo es prevalente la idea de «subordinación» a la Ley⁷⁰; subordinación que expresa ciertas ideas conexas: Ley previa —es decir, ordenación legal siquiera mínima de la materia de que se trate—; habilitación al Reglamento; ordenación reglamentaria en los términos de la habilitación⁷¹ y en el contexto de la ordenación legal, que no podrá ni contradecir, ni exceder. Se interpreta el principio de jerarquía normativa en forma estricta, pues los Reglamentos «no sólo no han de contradecir las previsiones de [la Ley] (en virtud del principio constitucionalizado de jerarquía normativa), sino que han de mantenerse funcionalmente hablando, en el ámbito de grupo normativo que vienen a completar o desarrollar, presidido por la ley de cabecera de dicho grupo, sin que pueda por tanto el reglamento ser utilizado para, desbordando dicho ámbito, resolver problemas ajenos al propio objeto de la regulación material; si tal ocurriera la potestad reglamentaria, caracterizada genuinamente por sus rasgos esenciales de generalidad y permanencia, que la distingue de los actos de los simples actos administrativos, dejaría de ser «complemento indispensable» de la Ley (por utilizar una expresión doctrinalmente acuñada) para convertirse en cauce de solución de concretos y puntuales conflictos⁷². La Ley habilitante, de cobertura o cabecera sigue cumpliendo su función primaria de integración del Ordenamiento jurídico una vez que el Gobierno actúe las habilitaciones reglamentarias contenidas en la Ley; es decir, no se desapodera de la materia ordenada por ella con carácter general. El complemento reglamentario no implica un casuismo praeter legem que en esta ocasión se estima lesivo de los rasgos de generalidad y permanencia que es consustancial a toda norma jurídica reglamentaria. Los términos de la «colaboración» —es decir, el alcance de la ordenación reglamentaria— no son en este contexto libremente deducidos o interpretados por el titular de la potestad reglamentaria, pues éste puede dictar Reglamentos de complemento o desarrollo «previa habilitación legal [...] en todo aquello que permita asegurar la adecuada aplicación de la ley»⁷³.

Estamos, pues, ante lo que [«... al menos en algunos de sus preceptos] es una clara manifestación de los que, en terminología pacíficamente aceptada por la doc-

⁶⁹ STS de 19/2/97 (F.D. tercero. 4^a). Ar. 1509. Vid. nota anterior.

⁷⁰ «Valor subordinado a la ley». SSTS de 20/2/96 (F.D. segundo). Ar. 1213.

⁷¹ Estando prohibida «la remisión al Reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley». STS de 20/2/96 (F.D. segundo). Ar. 1213.

⁷² STS de 7/4/97 (F.D. octavo). Ar. 2945.

⁷³ STS de 12/6/97 (F.D. primero). Ar. 5076.

trina científica y la jurisprudencia, se denominan estrictamente «Reglamentos ejecutivos» y que tienen por finalidad completar, desarrollar o concretar lo que en la ley aparece regulado de modo más genérico o en forma principal dejando a la Administración un espacio regulativo a rellenar por medio del Reglamento en el que se precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la compleja actuación administrativa sobre ella. [...]. El límite más inmediato y el parámetro referencial más próximo para calibrar el ajuste al Ordenamiento de la norma reglamentaria es el de la Ley de que trae causa habilitante, debiendo examinarse si la regulación reglamentaria viola o se excede del mandato conferido. [...] Sin embargo, esta llamada al Reglamento para que entre a normar los aspectos del desarrollo o complementarios no significa una cobertura letigimadora de todo lo que disponga aquél en dicha materia, al tratarse de una norma complementaria en un doble sentido: de una parte, habrá de incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrolla y, por otra parte, no podrá incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar la finalidad perseguida por la norma superior. Esta doble virtualidad del criterio de complemento ha sido puesta de relieve en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 30 de noviembre de 1961 (RJ 1962, 88), 14 de mayo, 4 de julio y 27 de septiembre de 1962 (RJ 1962, 2073, 3043 y 3676) y 6 de julio de 1972. [...] Tiene] como misión «establecer las reglas o normas precisas para la puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero sin contener nuevos mandatos y, menos aún, restrictivos de los derechos y facultades contenidos en el Texto Legal»⁷⁴.

Consecuentemente, el Reglamento no será ejecutivo si «no está dictado en desarrollo directo y concreto de la Ley o en desarrollo de un conjunto de leyes»⁷⁵. Es decir, la ley como habilitadora de la potestad reglamentaria y no meramente delimitadora de su ejercicio. Bien entendido que ese desarrollo directo y concreto debe ser innovativo del Ordenamiento jurídico, de forma que los «Reglamentos secundum legem o meramente interpretativos, entendiéndose por tales los que se limitan a aclarar la Ley según su tenor literal, sin innovar lo que la misma dice»⁷⁶, no son «ejecutivos». Es precisamente esa conexión directa entre la Ley y el Re-

⁷⁴ STS de 17/6/97 (F.F.F.F quinto y séptimo). Voto particular y adhesiones al mismo. Ar. 6092. Se reitera la doctrina en la STS de 17/6/97. Ar. 6093. Reproducción de voto particular y adhesiones.

⁷⁵ STS de 15/10/97 (F.D. segundo, 2º y 5º). Ar. 7457.

⁷⁶ STS de 15/7/96 (F.D. tercero). No deja de ser un criterio artificial. Si el Reglamento no innova sino que aclara, es ocioso. Si la ley es oscura, el Reglamento no puede aclararla, sólo ejecutarla. El Gobierno no es el intérprete de la ley, aunque el ejercicio de la potestad

glamento la que explica la intervención preceptiva del Consejo de Estado en relación con los Reglamentos ejecutivos [art. 22.3 LOCE, «Reglamentos que se dictan en ejecución de las leyes»] a fin de velar por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico (art. 2.1 LOCE), como «protección del principio de legalidad, con preferencia al ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno (art. 97 CE) por razones de mera oportunidad»⁷⁷.

Estas consideraciones sólo se realizan respecto de los Reglamentos de ejecución ejecutivos estrictos, que son los que aparentemente entrarían dentro de la formulación «Reglamentos dictados en ejecución de la ley», planteándose la cuestión de si esa garantía procedimental puede ser extensibles a otros Reglamentos no estrictamente ejecutivos o, incluso respecto de aquellos dictados al margen de habilitación legal expresa pero en el contexto de una norma legal. Y ello, en base a que el principio de legalidad no puede compartimentalizarse y exigirse respecto de unos Reglamentos cuya distinción respecto de otros atiende básicamente a un criterio de apreciación simplemente formal. Incluso se diría que semántico, pues en suma se trataría de interpretar el alcance del concepto «en ejecución». Tampoco se puede desconocer ni ocultar que esta eventualidad excedería del concepto tradicional de «Reglamento ejecutivo» que se halla en el art. 22.3 LOCE que mas que definir o acotar la potestad reglamentaria del Gobierno selecciona una determinada clase de Reglamentos a los efectos de que los mismos sean preceptivamente dictaminados por el Consejo de Estado, simplemente. Desde esta perspectiva, el «Reglamento ejecutivo» ha tenido una interpretación restrictiva con una notoria consecuencia: Los Reglamentos no dictaminados por el Consejo de Estado no serán ejecutivos. De aquí no se infiere sin embargo que las exigencias derivadas del principio de jerarquía normativa sean sólo predicables de esta restrictiva acepción del Reglamento ejecutivo; ni que mas allá de los mismos la potestad reglamentaria es «independiente» y por esa razón, precisamente, no son dictaminados por el Consejo de Estado. Desde luego, que el aspecto procedimental de la cuestión [procedimiento de elaboración de los Reglamentos ejecutivos y, en su contexto, intervención del Consejo de Estado] ha prevalecido sobre lo realmente nu-

reglamentaria supone, de hecho, partir de una cierta interpretación de los preceptos legales. Pero esta interpretación es un prius lógico, y no un fin en sí mismo.

⁷⁷ STS de 15/7/96 (F.D. tercero). Ar. 6394. La intervención del Consejo de Estado en los Reglamentos ejecutivos o *praeter legem* «sirve al principio de legalidad que consagra el art. 9.3 de la Constitución, en cuanto la potestad reglamentaria del Gobierno se sujeta a los principios, directrices o criterios que marca la Ley a desarrollar, y no se ejerce sólo según el buen criterio o la libre interpretación del Gobierno».

clear y material, que es el fundamento, naturaleza y alcance de la potestad reglamentaria⁷⁸. A esta cuestión nos referiremos posteriormente⁷⁹.

El Reglamento ejecutivo como complemento indispensable de la Ley

Existe otra acepción, mas aperturista, de la potestad reglamentaria, que partiendo de los principios en que se fundamenta la acepción mas estricta [el Reglamento, en cuanto «norma jurídica de carácter general emanada de la Administración con valor subordinado a la ley a la que complementa»] acaba cargando el acento no en la «subordinación a la ley», a la que corresponde «la normación básica de las cuestiones fundamentales», sino en «aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los Reglamentos». Y, así, el Reglamento «participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración —Reglamento— queda integrada en aquél», aunque recordando que la potestad reglamentaria «no es incondicionada sino que está sometida a la Constitución y las leyes»⁸⁰. De esta forma, se admite que «el [...] Reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la ley, puede explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la ley que sean imprecisos. Así pues, el Reglamento puede ir mas allá de ser puro ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del Ordenamiento

⁷⁸ La construcción del «Reglamento ejecutivo» se ha hecho, fundamentalmente, desde la perspectiva de la preceptiva intervención del Consejo de Estado; es decir, desde la perspectiva procedimental [el procedimiento de elaboración de la disposición general] lo que, quizás, ha condicionado la construcción teórica del concepto. Su connotación procedimental refuerza la conveniencia de distinguir una genérica categoría de «Reglamentos legales o de ley» como expresiva de un género normativo cuyas especies guardan un punto de conexión común: la ley. Una de tales especies es, precisamente, el «Reglamento de ejecución» que sería el único preceptivamente dictaminado por el Consejo de Estado.

⁷⁹ La cuestión que se adelanta es la siguiente: Si de lo que se trata es de garantizar la plenitud del principio de legalidad, no cabe duda que la interpretación de lo «ejecutivo» debe ser no restrictiva [sólo los Reglamentos de ejecución], sino expansiva; es decir, debería alcanzar a los denominados Reglamentos de ley, expresión que ampara a todo Reglamento conexo, sea cual fuere la naturaleza de la relación, con la ley. En esta cuestión, la jurisprudencia se muestra vacilante y en cierto sentido contradictoria, pues si bien homologa a los «Reglamentos ejecutivos» y los de «desarrollo» de bases, excluye a éstos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Lo veremos con detenimiento mas adelante.

⁸⁰ STS de 16/1/97 (F.D. décimotercero). Ar. 531.

jurídico»⁸¹, pues cuando de lo que se trata es de determinar la validez de la norma reglamentaria, hay «que poner el reglamento cuya validez se cuestione en relación con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico positivo (y tratándose de Reglamentos ejecutivos, particularmente con la Ley que desarrollen) con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 de la Constitución»⁸². Es decir, el Reglamento puede «explicitar» reglas enunciadas en la Ley o «aclarar» preceptos imprecisos de la Ley, siempre que esa función sea «acorde» con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, del que la Ley de cobertura es la primera norma a tener en cuenta. En el entendimiento de que, en tales casos, no tiene por qué existir expresa y puntual habilitación del Legislador pues, al contrario, ha sido la «imperfecta» norma legal la que ha posibilitado la intervención del Reglamento, el cual mas que complementar a la Ley hace posible que la misma sea materialmente eficaz, lo que otorga al Reglamento una potencialidad creativa que excede de su función nuclear complementaria en cuanto ejecutiva de la Ley. Al fin y al cabo, «aclarar las imprecisiones de la Ley» mas que «desarrollar» la ley es «completarla», una de las funciones que doctrinalmente se ha atribuido,

⁸¹ STS de 15/10/97 (F.D. primero). Ar. 7338. Se reitera la doctrina de la STS de 16/1/97. Ar. 531.

⁸² Principio que es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad [...]». STC 27/81, F.J. 10. Curiosamente, hay mas seguridad jurídica en la acepción estricta de «Reglamento ejecutivo» que en la acepción amplia que se intenta fundamentar precisamente en la seguridad jurídica. Sin contar con que la seguridad jurídica es, como se ha dicho, suma de «certeza y legalidad», cuando de lo que se trata es de ampliar los márgenes de la habilitación legal. Se podría afirmar que la atenuación de los efectos de la habilitación legal a Reglamento debe ser suplida por la aplicación de los «principios generales del Derecho», que operan en el ámbito aplicativo, no en el normativo, donde los principios a aplicar son, fundamentalmente, los de legalidad y jerarquía normativa que son, precisamente, los que se ponen en juego cuando se trata de articular las relaciones entre la Ley y el Reglamento. Desde esta perspectiva, sorprenden Sentencias [como la de 16/1/97 (F.D. 14). Ar. 531] que además de defender la adecuación jurídica de la norma reglamentaria cuestionada en el tautológico argumento de que la misma «sirve con objetividad los intereses generales» [lo que sólo se explica sobre la base de la confusión entre Gobierno y Administración, la cual sí se halla sometida al Derecho; art. 103.1 CE], se estima que la medida «es congruente y proporcional»; o de que de la potestad reglamentaria [del Gobierno] ha hecho uso «la Administración para atender el mandato de constituyente» [id. F.D. 6]. De donde se considera «evidente que [...] de «la titularidad del dominio público derivan facultades propias para la Administración del Estado».

entre otras muchas, a los Reglamentos ejecutivos. Si la premisa de la que se parte es cierta, desde luego el Reglamento ya no es estricta y materialmente «ejecutivo» y se alteran los términos constitucionales de la habilitación; es decir, que esa potestad se ejerza de acuerdo con la Constitución «y las leyes». En esta eventualidad, el concepto «leyes» no hace referencia exclusiva a la norma primaria habilitante de la potestad reglamentaria, sino al Ordenamiento jurídico en su conjunto, del que, obviamente, la ley habilitante forma parte. Lógicamente, el Reglamento debe moverse dentro de los márgenes o límites de la norma habilitante, pero también debe respetar lo que dispongan las demás leyes, no porque éstas lo habiliten sino por estrictas razones de jerarquía normativa. Pero de aquí no cabe deducir que la relación ley habilitante-Reglamento no existe y que debe ser sustituida por la relación Ordenamiento jurídico-Reglamento⁸³. La confusión entre ley habilitante y jerarquía normativa tiene otro efecto indeseable que no se puede soslayar. El Reglamento ocupa un lugar concreto entre las fuentes del Derecho, como la ley y los principios generales del Derecho [art. 1.1 del Código Civil]; y la jurisprudencia ejerce una función «complementaria» del ordenamiento jurídico. Una cosa es resolver una controversia conforme a Derecho [es decir, conforme a los distintos productos de las diversas fuentes con atención a su rango y con el refuerzo complementario de lo que respecto de ese Derecho diga la jurisprudencia] y otra distinta es que el Gobierno cuando ejerce la potestad reglamentaria deba hacerlo en función o en relación con todo el Ordenamiento jurídico; incluso con atención a la jurisprudencia. Son desde luego límites que no se deducen de la Constitución y pese a que aparentemente la potestad reglamentaria está «mas sometida» el resultado práctico no es ése. La praxis —al menos, la interpretación amplia de la potestad reglamentaria— es que el Reglamento no tiene por qué limitarse a complementar la ley, sino que puede innovar al margen de la ley, con tal de que no contradiga a la ley y al resto del Ordenamiento jurídico. La exigencia de que la potestad reglamentaria se ejerza «de acuerdo con la ley» se suple por otra cuyo contenido implícito es que tal potestad de ejerce «sin contradicción con la ley». Es decir, la constitucional «cláusula de conformidad» se convierte en una «cláusula de ausencia de disconformidad». La cuestión está entonces en determinar si esa posibilidad debe entenderse parte de contenido de lo que se entiende como «habilitación reglamentaria»; si la habilitación es realmente necesaria⁸⁴; si ese Reglamento es «ejecutivo o de ejecución» o si, por el contrario, estamos ante otra clase de Regla-

⁸³ Que es, ni mas ni menos, lo que dice la citada STS de 15/10/97.

⁸⁴ Si el límite de la potestad reglamentaria es aquel en el que se encuentra la vulneración del Ordenamiento jurídico, ¿por qué las leyes contienen remisiones o habilitaciones expresas a la potestad reglamentaria?

mento. A la postre, se condensa en si el Gobierno ostenta una potestad reglamentaria *praeter legem* además de la estrictamente ejecutiva.

Dicho lo cual, debe recordarse que la STS de referencia considera aceptable la ampliación de la potestad reglamentaria en aquellos casos en que la oscuridad de la ley obliga a «explicitar» o a «aclarar» sus términos. Lo cual pudiera parecer, ciertamente, un supuesto técnicamente conveniente para impedir la ineficacia de la ley. El problema es determinar el límite de una «aclaración o explicitación»; es decir, el momento a partir del cual el Reglamento ya está desconexo de la ley. Sin contar con que desde la perspectiva estrictamente normativa y constitucional es más que dudoso que un Reglamento pueda «aclarar o explicitar» las oscuridades de la ley. Solo la ley puede interpretar —o los Tribunales— sus propias determinaciones. La función del Reglamento es «ejecutar/desarrollar» la ley, no interpretarla.

Concepción mixta

Los perfiles, matices y contradicciones aparentemente irresolubles que genera la potestad reglamentaria gubernativa [sujeción a la ley/ámbito reglamentario exento] tienen adecuada expresión en la jurisprudencia, que refleja no sólo ambas situaciones o interpretaciones de la potestad reglamentaria, sino que se concreta en una tercera vía mixta de definición jurisprudencial, en realidad suma de las otras dos, del Reglamento ejecutivo/ejecución de Ley, que es el dictado en «desarrollo y ejecución de la Ley»; o el que «desarrolla una Ley o la complementa». Distinción a la que parecen responder dos clases de habilitaciones distintas⁸⁵; una, para «ejecutar/desarrollar la ley [«Reglamento general para (el) desarrollo y ejecución» de la Ley]; la segunda, para que el Gobierno apruebe «las demás disposiciones que resulten necesarias para dar cumplimiento a lo previsto» en la Ley. Es decir, mediante el Reglamento se procede a la «ejecución y desarrollo [de la Ley] dentro de los términos de la Ley habilitante»; o constituye «un complemento necesario para la consecución de los fines que la Ley determina». No se trata ya de «aclarar» o de «explicitar» los extremos dudosos de la ley; ahora se trata de «complementar» la ley, de forma que el Reglamento [que se llama ejecutivo o de ejecución] excede de esta función material para cumplimentar otra distinta, aunque se englobe bajo la misma cobertura formal. Lo relevante a los efectos que nos interesa es que este tipo de formulaciones —legales, no se olvide— ponen a prueba los límites de la potestad reglamentaria. Aneja al núcleo de la mencionada potestad [ejecución estricta, Reglamentos de ejecución] se encuentra una zona difusa que

⁸⁵ Contempladas, por ejemplo, en la disposición final segunda 1 y 2 de la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas.

ampara a los Reglamentos de aclaración o explicitación de la ley; y a continuación los «Reglamentos complementarios» de ley. Todos ellos, calificados formalmente de «ejecutivos».

Qué duda cabe que según se atienda a una u otra concepción del que podríamos llamar genérico «Reglamento ejecutivo o de ejecución» se llega a construcciones diferentes de la mencionada potestad. El interés de la cuestión no es meramente academicista. Es fundamentalmente práctico, pues afecta no sólo al procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria⁸⁶, sino a las relaciones entre la Ley y el Reglamento. Las dudas —como se ha dicho— han tenido acomodo jurisprudencial de lo que dan fe los apartados anteriores y las sucesivas matizaciones ampliativas de los límites del «Reglamento ejecutivo». Las vacilaciones han tenido expreso reflejo en pronunciamientos jurisprudenciales concretos del Tribunal Supremo, que no oculta que «sobre este punto, existen algunas divergencias jurisprudenciales»⁸⁷; divergencias que se intentan explicar.

En efecto, ciertas Sentencias atienden «a una concepción material comprendiendo en el concepto los Reglamentos que de forma total o parcialmente completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan una o varias leyes, entendidas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia [...] y en otras sentencias, representando otra tendencia jurisprudencial, se da también cabida en una perspectiva formal, a aquellos Reglamentos que ejecuten habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material, resultando excluidos del [concepto...] los Reglamentos independientes, autónomos, o *praeter legem*, y los Reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración en su ámbito organizativo interno, así como los Reglamentos de necesidad».

Nótese que la concepción formal presupone una previa «habilitación», sólo que la vinculación del Reglamento es sumamente laxa. De ahí, que con tal que haya habilitación el contenido material del Reglamento es secundario [salvo las limitaciones que la propia STS señala]. Siempre, lógicamente, que ese «Reglamento habilitado» in genere por la ley —que carece del contenido mínimo que exige la concepción material— se mueva en el ámbito material de la misma. Por eso se excluyen, entre otros, a los Reglamentos *praeter legem*, precisamente por esa ausencia de conexión legal por lo que no estarían incluidos en el concepto de «Reglamento ejecutivo».

⁸⁶ Recuérdese, el Consejo de Estado interviene en relación a los «Reglamentos de ejecución» de ley.

⁸⁷ STC de 15/10/97 (F.D. quinto). Ar. 7457. Se reitera la doctrina sentada en la SSTS de 28/1/97 (F.D. cuarto). Ar. 1220; de 27/11/95 (F.D. cuarto). Ar. 8944.

Ciertamente, la concepción formal, llevada a su máximo extremo, confundiría al Reglamento ejecutivo con la deslegalización. El Reglamento ejecutivo de Ley se caracteriza precisamente porque sea con carácter genérico o específico existe una «habilitación a Reglamento». De ahí que conceptual y técnicamente no se identifica con la «abdicación» pro futuro que la Ley hace —con excepción de los ámbitos reservados— con ocasión de la deslegalización de una materia⁸⁸.

Lo dicho debe confrontarse con otra afirmación. La materia reservada a la Ley no es incompatible con su ordenación reglamentaria, aunque en este caso su alcance debe ser necesariamente más limitado. En efecto, la regulación legal de la materia reservada a la Ley es compatible con «remisiones a normas reglamentarias para la regulación de aspectos concretos y accesorios [...] siempre que no se trate de regulaciones reglamentarias independientes», en el sentido de «autónomas»⁸⁹, «y no claramente subordinadas a la ley». Ello, en palabras del Tribunal Constitucional [STC de 14 de julio de 1984] produciría «una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte de legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir» [...]. Esta remisión normativa, no obstante, no puede ser tan amplia como para que permita a la norma remitida contrariar los principios generales previstos en la Ley delegante⁹⁰. Si esto es así respecto de la materia sometida a reserva de ley formal, habría que convenir que también acontece cuando existe reserva de ley material [es decir, materia regulada por ley aunque no estuviera reservada a la misma], salvo que se deslegalice. Se proscriben, pues, «remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria contraria a la norma constitucional de reserva del art. 103.3»⁹¹.

La concepción material parte de un presupuesto que con carácter general se estima correcto [necesidad de Ley; es decir, ordenación legal aunque fuere mínima] lo que implica la proscripción de los Reglamentos «autónomos, independien-

⁸⁸ El ámbito de disponibilidad reglamentaria es mayor en una materia deslegalizada —en la que la ley ha renunciado a su normación futura, teniendo rango reglamentario las normas legales vigentes hasta el momento de la deslegalización— que cuando no estándolo esa ley debe ser ejecutada o desarrollada por un Reglamento. La cuestión está entonces en distinguir si estamos ante una deslegalización o ante una habilitación a Reglamento.

⁸⁹ STS de 27/11/95 (F.D. primero). Ar. 8944.

⁹⁰ Voto particular y adhesiones. Ar. 6092. Voto particular y adhesiones que se reprodujeron respecto de la STS de 17/6/97. Ar. 6093.

⁹¹ STS de 7/7/95 (F.D. sexto). Ar. 5763.

tes o *praeter legem*». Mas tampoco puede ser descontextualizado ese requisito en el sentido de interpretar que el Reglamento sólo puede desarrollar lo previsto legalmente expresa y concretamente. Al contrario, con los límites ya sabidos, debe reconocerse al Reglamento un cierto margen de libre creatividad mas allá de la simple y llana ejecución o desarrollo, de forma que el Reglamento coadyuve a «dar cumplimiento a lo previsto en la Ley»; siempre, claro está, que no la contradiga, en su letra o en su espíritu; ni se utilice una habilitación genérica para ordenar reglamentariamente aspectos desconexos materialmente del contenido y objetivos de la ley. La concepción formal —en los términos expresados— goza de la ventaja de que no encorseta al Reglamento ejecutivo [en suma, al Gobierno] a un casuismo cerrado de la ley y en ocasiones, seguramente, causante de una cierta ineficacia de la propia norma. De ahí que al margen de que la ley pueda ser ejecutada o desarrollada por Reglamentos que parten en efecto de un cierto contenido normativo legal, también es posible que al amparo de una habilitación genérica, pueda dar lugar a otros Reglamentos, también ejecutivos, siempre que se muevan dentro del contexto material de la ley y no sirvan para defraudar al Legislativo y a sus mandatos. Solución o interpretación que no desdice la prevalencia de la ley [en suma del Parlamento] pues el elemento nuclear de la intervención reglamentaria es siempre una habilitación previa de potestad; ni defrauda el papel que ambos órganos constitucionales tienen en nuestro sistema parlamentario.

Recuérdese también que la concepción formal excluía del Reglamento ejecutivo a los denominados Reglamentos «autónomos, independientes o *praeter legem*», así como los de carácter «doméstico u organizativo». Distinción que matiza la clasificación doctrinal al uso [Reglamentos ejecutivos, independientes y de necesidad], la cual consideraba como una única especie a los «Reglamentos independientes, autónomos u organizativos»⁹². Aquí, una vez mas, se ha de efectuar un breve excursus para evidenciar cómo los conceptos al uso —de función básicamente clasificatoria— dan una respuesta insatisfactoria a una realidad que los excede.

Reglamentos puramente administrativos u organizativos

Nos encontramos ante Reglamentos que en ocasiones también se han denominado «independientes» y, en todas sus acepciones, se suelen oponer a los Reglamentos ejecutivos o jurídicos. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a los mis-

⁹² A estas alturas, resulta claro que esta tipología reglamentaria no agota la pluralidad real y posible de especies de Reglamentos; mucho menos, de las también reales y posibles subespecies reglamentarias.

mos con ocasión de la distinción de unos y otros. Veámos ahora cuál es su contenido. Con carácter general, se advierte cómo los conceptos doctrinales a veces no traducen fielmente la realidad de las cosas. El afán de reducir la plural realidad a ciertos géneros y especies a veces, sin perjuicio de su deseable efecto sistematizador, enturbia una realidad no siempre abarcable en la rotundidad de las clasificaciones. Y así, la distinción entre el «Reglamento jurídico/normativo» y «Reglamento de organización» se oscurece desde el momento en que es precisamente la Ley la que configura los términos de la organización que deberá ser reglamentariamente desarrollada⁹³. Desde esta perspectiva, el Reglamento, por su contenido, será de organización, pero también ejecutivo de Ley. Sin contar con que el ordenamiento jurídico es único y en el mismo se integran tanto las normas de organización como las denominadas disposiciones generales. Que una y otras normas reglamentarias tengan distinto procedimiento de elaboración no significa que aquellas, necesariamente, sean ajurídicas o no se integren en el Ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, tienen vocación de estabilidad y permanencia⁹⁴. Se quiebra así la asimilación entre conceptos que en unos casos han sido descontextualizados y en otros erróneamente identificados. Desde la primera perspectiva, se ha negado carácter jurídico o de disposición general a Reglamentos de contenido organizativo aunque desarrollen o complementen a la Ley, haciendo primar el contenido material de la norma [propio de la esfera doméstica u organizativa y por ello de libre disponibilidad del Gobierno o Administración, en su caso] sobre la circunstancia de que ese Reglamento se ha dictado en ejecución [es decir, previa habilitación o mandato] de la Ley. Como lo «organizativo» no es jurídico —se razona— no se precisa que los Reglamentos de tal naturaleza sean sometidos a los requisitos y controles previstos para los Reglamentos que sí tienen esa condición. Desde la segunda perspectiva, se asimilan Reglamento jurídico y Reglamento ejecutivo, de forma que sólo aquellos pueden disfrutar de esta condición, siendo así que un Reglamento de contenido organizativo puede ser plenamente «ejecutivo». Se con-

⁹³ Para la STS de 30/7/96 (F.D. segundo). Ar. 6363, tanto los «Reglamentos jurídicos» como los «Reglamentos administrativos» son «disposiciones normativas; unos y otros son normas jurídicas, disposiciones generales que integran el Ordenamiento jurídico».

⁹⁴ STS de 30/7/96 (F.D. segundo). Ar. 6363. «En efecto, no es posible identificar la noción de disposición general con la de la disposición administrativa que afecte a los ciudadanos en su condición de administrados o con los Reglamentos jurídicos, como normas de actuación dictadas para todos y relativos a las llamadas situaciones de supremacía general, sino que también los denominados Reglamentos administrativos, en terminología académica de ascendencia germánica, ad intra, de carácter orgánico o referidos a situaciones de supremacía especial, son disposiciones normativas».

funden, pues, los distintos planos desde los que se puede abordar el estudio de los Reglamentos. Todos contienen normas jurídicas secundarias, sometidas a la ley, y cuyo contenido puede ser diverso [sustantivo, es decir, con incidencia en los derechos y deberes de los ciudadanos, u organizativo] pero en ambos casos son «Reglamentos ejecutivos». El concepto «Reglamento ejecutivo» no hace referencia al contenido de la norma —que en este punto es irrelevante— sino a la existencia de una previa habilitación legal, genérica o expresa, para que la norma primaria sea desarrollada o complementada.

Tal concepto es fundamentalmente, como se ha dicho, de carácter procedimental, pues delimita el ámbito objetivo de la intervención del Consejo de Estado, cuya Ley reguladora es la que introduce el concepto «Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes y sus modificaciones» (art. 22.3); concepto que ha tenido, como se ha dicho, una aplicación restrictiva⁹⁵ seguramente motivada no sólo por razones de índole práctica, sino a consecuencia de la interpretación histórica que se había hecho de las normas ordenadoras de la preceptiva intervención del Consejo de Estado en relación con las normas reglamentarias⁹⁶. Se precisa, pues, efectuar una interpretación ex Constitutione de las normas jurídicas ordenadoras de los distintos aspectos del ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente prevista, sin perder de vista el límite que el Constituyente dispuso, sin sobrepararlo, ni sustituirlo. Ciertamente que la categoría «Reglamento ejecutivo» está formalmente prevista en la LOCE, pero

⁹⁵ Se anuda el «Reglamento ejecutivo» con el concepto «disposición general», entendiéndose por tal aquella que, teniendo trascendencia externa, delimita o reconoce derechos y obligaciones.

⁹⁶ Al entenderse que el «Reglamento ejecutivo» era aquel que, en complemento o desarrollo de una Ley, contenía un «Reglamento General», de forma que los que no tenían esta condición no eran susceptibles de ser controlados por el Consejo de Estado. Como los Reglamentos Generales eran los sometidos a conocimiento del Consejo de Ministros (art. 10.6 LRJAE), el ámbito del Reglamento ejecutivo se reducía sobremanera; reducción que se amplió cuando de los mismos también se excluían los Reglamentos de contenido organizativo. Desde la STS de 16/6/89, F.D. tercero [Sala Especial del art. 61 LOPJ, Ar. 1992, 3750; reiterada por la STS de 30/7/96. Ar. 6363] ya quedó certeramente precisado que «el art. 23.2 LOCE, que no es sino reproducción de otros análogos en las sucesivas regulaciones de la institución, ha originado una construcción jurisprudencial artificiosa, que separa los reglamentos ejecutivos de los independientes, cuando la realidad es que la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado enlaza sobre todo y de modo inmediato con la significación de los principios de constitucionalidad y legalidad, por los que, según el art. 2.1 LOCE, debe velar en su función consultiva el Consejo de Estado y cuyas exigencias se proyectan sobre cualquier clase de Reglamento».

tal previsión no puede restringirse mas allá de sus justos y constitucionales términos, de forma que ha de incluirse en la misma a «toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación [...] como complemento de la ordenación que la propia Ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el reglamento»⁹⁷. En esta tesis, sólo estarían excepcionados del dictamen del Consejo de Estado los Reglamentos «independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles, especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad»⁹⁸. A excepción —habría que añadir— de que tales Reglamentos de contenido organizativo estén legalmente habilitados, pues entonces serían materialmente ejecutivos⁹⁹.

Esta apreciación llevada hasta sus últimas consecuencias haría cuestionable la existencia de los denominados «Reglamentos independientes» en sentido lato; es decir, no sólo los de contenido sustantivo aprobados en ausencia de Ley [»autónomos» o *praeter legem*], sino también los «puramente administrativos» y que de forma tradicional se han aceptado por doctrina y jurisprudencia como el ámbito natural de expresión incondicionada de la potestad reglamentaria. Son aquellos que en efecto sólo tienen una vocación sustancialmente doméstica y por tanto, expresan la «potestad reglamentaria departamental» que corresponde a los Ministros como Jefes de sus Departamentos que alcanza a «las materias propias de su Departamento». La materia organizativa incluye, además, «aunque con mayores reservas, las relativas a las relaciones especiales de sujeción, es decir, las que nacen de un título especial (contrato, concesión, determinadas manifestaciones

⁹⁷ STS de 30/7/96 (F.D. tercero). Ar. 6363.

⁹⁸ Vid. STS de 30/7/96 (F.D.), citada en nota anterior. En este caso, no se distingue entre «Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*» y «Reglamentos domésticos u organizativos», sino que unos y otros son la misma especie. Es decir, sólo caben Reglamentos *praeter legem* en el ámbito organizativo.

⁹⁹ La STS de 3/10/96 (F.D. 3), sala 3ª Sección 3ª, Ar 7203, califica al Reglamento que se conoce de «independiente» pues contiene una «disposición organizativa», no ofreciendo «la menor duda que en este caso estamos ante un Reglamento ejecutivo porque «no desarrolla ninguna Ley, sino que complementa el Real Decreto-Ley 12/78 [...], del que es] desarrollo [...] en virtud de la disposición final del mismo». No parece dudoso que el rango de la norma complementada permite concluir que el Reglamento, al margen de su contenido materialmente organizativo, es «ejecutivo de ley». En esta ocasión, su calificación de «independiente» permitió salvar la omisión del Dictamen del Consejo de Estado, al tratarse —se dice— de una «disposición general plenamente independiente».

del régimen funcional) por oposición a las de supremacía general que ligan con la Administración a todo ciudadano por el simple hecho de serlo»¹⁰⁰. Reservas que se derivan del hecho de que ya esa potestad en modo alguno es libre [independiente]; no sólo porque la Administración [y con estos Reglamentos estamos ante una potestad reglamentaria administrativa] está «plenamente» sometida a la Ley y al Derecho, sino porque, a mayor abundamiento, «los órganos de la Administración [...] son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley»¹⁰¹. Su alcance no es otro que los «aspectos domésticos de organización interna sujetos a facultades dispositivas de las que no puede prescindir la Administración para el cumplimiento de sus fines [...], potestades atribuidas y previstas en la norma que tienden a mejorar la prestación del servicio, en los términos previstos por la norma que lo regula, y que no tiene otro alcance sino el meramente organizativo de alterar las competencias de dos órganos de la Administración»¹⁰². Desde esta primera perspectiva, clásica si se quiere, el Reglamento independiente contiene «una disposición simplemente organizativa»¹⁰³.

Tal y como ocurría con los Reglamentos ejecutivos, el concepto «Reglamento independiente», de construcción doctrinal y arraigo jurisprudencial, debe ser admitido con ciertas reservas. No sólo por lo anteriormente expresado, sino porque hoy día es un concepto que se utiliza para designar —como vimos— a otra clase distinta de Reglamentos; aquellos Reglamentos que siendo normativos sin embargo no son ejecutivos en ninguna de las acepciones antes citadas. Es decir, «disposiciones generales no habilitadas expresamente por Ley alguna» y, en tal medida, independientes por más que el Ordenamiento jurídico —también las Leyes— delimitará su contenido por mor del principio de jerarquía normativa. Una y otra clase de Reglamentos «independientes» son, pues, de distinta naturaleza y condición. Unos son propiamente «disposiciones generales» sin habilitación o cobertura legal. Los segundos, carecen de esta habilitación o cobertura —no la necesitan—, pero no contienen «disposiciones generales» sino «disposiciones organizativas». En ningún caso, la norma es realmente independiente pues la inexistencia de habilitación expresa no elimina otros límites que evidencian esa dependencia del Ordenamiento jurídico, en sus niveles tanto constitucional como legal. El carácter plural de los «Reglamentos independientes» aconseja reservar el concep-

¹⁰⁰ STS de 1/7/97 (F.D. segundo). Ar. 5826.

¹⁰¹ Art. 103.2 CE. Por relativa que sea la reserva, implica una predeterminación legal que elimina el «carácter independiente» de estos Reglamentos.

¹⁰² STS 14/10/97 (F.D. cuarto). Ar. 7213.

¹⁰³ STS de 9/2/96 (F.D. segundo). Ar. 1812.

to «Reglamento autónomo» para aquellos que conteniendo «disposiciones generales» no son fruto de habilitación alguna¹⁰⁴, bien entendido que esta autonomía normativa en modo alguno es soberanía, teniendo los límites ya sabidos sobre el alcance de la potestad reglamentaria. Por el contrario, los «Reglamentos independientes» fruto o consecuencia de la potestad organizativa de la Administración se denominarían «Reglamentos organizativos». Ambos obviamente, son en cierto modo «*praeter legem*», aunque con un sentido distinto.

Delimitados conceptualmente en los términos expresados los Reglamentos ejecutivos¹⁰⁵, autónomos y organizativos, la distinción sin embargo parece tener sólo un efecto clasificatorio o didáctico, pues, si «es lo cierto que a diferencia de los Reglamentos ejecutivos —que se dictan en cumplimiento y desarrollo de una Ley anterior—, los «Reglamentos autónomos» «se dictan prescindiendo de cualquier Ley anterior y, precisamente por su ausencia [...], este tipo de Reglamentos se asimila a los Reglamentos ejecutivos en cuanto desarrollan una misión normativa» similar¹⁰⁶. Siendo así que lo realmente importante —incluso a efectos clasificatorios— es la función que cumple una y otra clase de Reglamentos mas allá de su nomen identificativo, tal similitud entre los Reglamentos «estrictamente ejecutivos» y los «autónomos» no se lleva como sería de desear hasta sus últimas consecuencias [entre ellas, que los segundos se sometan al dictamen preceptivo del Consejo de Estado], optándose a estos efectos por una interpretación reduccionista del «Reglamento ejecutivo». En efecto, pese a que en la STS mencionada en la nota anterior se estima que ambas clases de Reglamentos son asimilables [lo que constituiría una premisa mayor], se concluye sin embargo de forma contradictoria o inconsecuente, al excluir a los «Reglamentos autónomos» del dictamen preceptivo del Consejo de Estado¹⁰⁷.

¹⁰⁴ En puridad, no son ejecutivos.

¹⁰⁵ Los «Reglamentos ejecutivos o de ejecución» serían pues una especie reglamentaria del género «Reglamentos de Ley». En esta categoría entrarían los «Reglamentos de ejecución»; los de «desarrollo» y los de «complemento».

¹⁰⁶ STS de 9/2/96 (F.D. segundo). Ar. 1812.

¹⁰⁷ Cuya Ley reguladora, se recuerda, dispone el preceptivo dictamen respecto de los «Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones». Art. 22.3 LOCE. En esta ocasión, «la omisión del Consejo de Estado no conlleva ningún efecto anulatorio pues se trata de una disposición de carácter general plenamente independiente». Esta inconsecuencia sólo puede ser producto de una insatisfactoria hermenéusis jurídica, aplicándose la analogía entre dos supuestos de Reglamentos entre los que se aprecia identidad de razón [art. 4.1 del Código Civil], mas no deduciéndose las consecuencias propias de la aplicación analógica; también podría ser

Se confunden, pues, —sobre la base del uso del concepto polisémico «independiente»— los límites entre Reglamentos que pueden ser singularmente definidos y definibles: «ejecutivos», «habilitados», «autónomos» y «organizativos». Por su orden, los primeros tienen por objeto el «cumplimiento y desarrollo de la ley»; los segundos no ejecutan mandato expreso de la ley, pero la complementan al amparo de una habilitación genérica; es decir, desarrollan «cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación [...] como complemento de la ordenación que la propia ley establece»¹⁰⁸; los terceros «se dictan prescindiendo de cualquier Ley anterior y precisamente por su ausencia»¹⁰⁹; los últimos, «establecen normas organizativas en el ámbito interno o doméstico de la Administración»¹¹⁰.

fruto o expresión [aunque no queda explicitado en el fallo jurisdiccional que se comenta] de una anfibología conceptual, a la que ha se ha hecho mención en alguna ocasión. A efectos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, el concepto «ejecutivo» hace referencia a la acepción reglamentaria restrictiva, pues tal es la interpretación que cabe a efectos procedimentales y en el contexto de las relaciones entre órganos constitucionales y de relevancia constitucional en el sistema parlamentario. Cuando estamos ante una perspectiva sustancial o material de la teoría de fuentes, el «Reglamento ejecutivo» recobra su dimensión mas extensiva, mas amplia; como «Reglamento legal», acepción que expresa, en sus relaciones con la ley, mas matices de los que se desprenden del estricto concepto de «ejecutivo». No olvidemos que el art. 22.3 LOCE anuda el «Reglamento» de preceptivo dictamen con el concepto «ejecución».

¹⁰⁸ STS de 30/7/96 (F.D. tercero). Ar. 6363. De forma que estos Reglamentos, aunque la Ley no incorpora una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a ser desarrollado, se homologan a los estrictamente ejecutivos y, por ello, debe ser preceptivamente dictaminados por el Consejo de Estado.

¹⁰⁹ STS de 25/7/96 (F.D.). Ar. 6345. Sentencia que va mas allá, al anudar dos razonamientos entre los cuales no se guarda conexión lógica ni jurídico constitucional, pues tras señalar que estos Reglamentos se dictan en ausencia de Ley, se precisa que persiguen «regular una materia no reservada a la ley formal, [correspondiendo] su regulación al Ejecutivo por vía reglamentaria».

¹¹⁰ STS de 15/7/96 (F.D. tercero). Ar. 6394. Estos Reglamentos, calificados como «independientes, autónomos o praeter legem», sólo «resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el [ámbito] organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración», en la que entran las denominadas «relaciones de supremacía especial». En este caso, se está ante una «competencia normativa implícita en el ámbito ad intra o doméstico de la propia Administración: inherente a la relación administrativa de dirección, vigilancia y tutela que se contempla». STS de 30/7/96 (FF.D segundo y tercero). Ar. 6363.

La tipología indicada [que como las otras existentes doctrinalmente en modo alguno agota las variables posibles¹¹¹] permite no sólo ordenar la realidad normativa; también es la excusa o el soporte teórico para reducir el control que es posible ejercer sobre los productos reglamentarios. Y así, la citada STS de 30/7/96 (F.D. tercero), interpretando precisamente el art. 22.3 LOCE, imputa a su redacción el que se haya originado una «construcción jurisprudencial dicotómica, quizás artificiosa, que separa los Reglamentos ejecutivos de los independientes, cuando la realidad es que la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado enlaza sobre todo y de modo inmediato con la significación de los principios de constitucionalidad y legalidad [...] y cuyas exigencias se proyectan sobre cualquier clase de Reglamento». Precisamente por tal razón de garantía, la STS de referencia homologa los «Reglamentos ejecutivos» y los «Reglamentos habilitados», superando una interpretación restrictiva del término «ejecución de leyes», teniendo en cuenta que hay una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los Reglamentos cuanto mayor es la desconexión con la Ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de legalidad [STS id.].

Este planteamiento, irreprochable en su óptica constitucional, merece una reflexión complementaria. Si el Reglamento ejecutivo deja de ser una categoría «formal» y pasa a ser un concepto «material» con la consecuyente identidad entre «Reglamentos ejecutivos y habilitados» habría que preguntarse —siguiendo ese mismo razonamiento— la razón por la que no se someten al preceptivo dictamen del Consejo de Estado los «Reglamentos autónomos» en el sentido no organizativo del término; es decir, aquellos que se dictan en ausencia de ley. Reglamentos que tienen, lógicamente, el grado mas amplio de desconexión legal y, por ello, es mas difícil convenir su adecuación al Ordenamiento jurídico. Esta clase de Reglamentos, al ser «disposición general plenamente independiente», no necesitan el dictamen del Consejo de Estado¹¹². En realidad, el concepto «autónomo» se ha utilizado como sinónimo de «independiente u organizativo». Mas allá de este contenido, es dudosa su existencia.

¹¹¹ Es más, un mismo Reglamento puede contener normas de las cuatro clases descritas: ejecutivas; habilitadas; autónomas y organizativas.

¹¹² STS de 25/7/96 (F.D. primero). Ar. 6345. Siendo así que, con el argumento base, serían los Reglamentos que más problemas de constitucionalidad o legalidad darían. No se oculta que el hecho de que estos Reglamentos sean por su contenido total o parcialmente organizativos ha decantado la cuestión hacia su exclusión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado. Aunque más importante que el procedimiento de elaboración de una y otra clase de Reglamentos es la cuestión de si existen ámbitos reglamentarios exentos de la habilitación legal expresa, sea explícita o implícitamente formulada.

Lo organizativo, pues, no puede definirse por exclusión de lo que no es ejecutivo; ni puede ser interpretado expansivamente, pues ello supondría quebrar la conexión que, en principio, se traba entre toda norma reglamentaria y su Ley habilitante. Reglamento organizativo [es decir, el ámbito exento de necesaria y previa habilitación reglamentaria que queda fuera de la reserva relativa de ley a que hace referencia el art. 103.2 CE] que debe quedar reducido exclusivamente al ámbito interno o doméstico. Lo difícil es reducir «ese ámbito» a sus límites constitucionales, que no son otros que los que derivan de la superioridad de la Ley y del Parlamento sobre el Reglamento y el Gobierno/Administración. Mas aún, encontrar el amparo constitucional, la justificación normativa de la existencia de un poder normativo —si se quiere tan modesto como el reglamentario doméstico— al margen de la Ley. En este punto, la construcción dogmática y la interpretación jurisprudencial del alcance de esta singular potestad normativa no resulta del todo satisfactoria. Mas que una definición positiva del alcance del concepto en el que, con naturalidad, podrían tener acomodo distintas situaciones reconocibles a la vista su configuración, tal potestad se construye de forma casuística y residual; es decir, por aquellos supuestos no reconducibles nítidamente a alguna categoría reglamentaria con conexión legal. El carácter organizativo o doméstico del Reglamento se deduce de la inexistencia de habilitación legal o se explica simplemente diciendo que «se trata [...] del ejercicio de una competencia normativa implícita en el ámbito ad intra o doméstico de la Administración: inherente a la relación administrativa de dirección, vigilancia y tutela que se contempla»¹¹³.

Al margen de que el reconocimiento a la Administración de «potestades normativas implícitas» choca frontalmente con que la misma sólo actúa, por exigencia del principio de legalidad, con potestades tasadas, no se adivina la razón de acudir al mencionado recurso justificativo. Podría ser, ciertamente, una explicación de carácter general como la que antes demandábamos, pero es que ya el Ordenamiento reconocía y reconoce en norma legal la existencia de un ámbito reglamentario doméstico en los Ministros «en las materias propias de su Departamento». Esa potestad reglamentaria, pues, no se haya implícita en el ámbito doméstico; se encuentra explicitada en el Ordenamiento. Cuestión distinta es la delimitación de su contenido mediante criterios ciertos que permitan saber cuando nos encontramos, en efecto, ante esa peculiar potestad reglamentaria de reconocimiento legal y cuando, por excederse de lo doméstico, se invade el ámbito del Reglamento ejecutivo o de ejecución.

Desde luego, la definición o conceptualización indeterminada de lo «doméstico» solventa en gran medida, mediante su tácita reconducción hacia lo organizativo,

¹¹³ STS de 30/7/96 (F.D. tercero), citada en el epígrafe anterior.

la cuestión de afrontar la concreción de qué clase son los Reglamentos «independientes» o «autónomos». La confrontación entre la realidad y los conceptos que pretenden definirla ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma no siempre satisfactoria, al anudar «materia no comprendida en el ámbito de la reserva de ley» y «materia organizativa». Entre las materias reservadas a la ley y la ordenación reglamentaria que hemos convenido en denominar «autónoma» existen materias que el legislador puede decidir regular o abdicar de su ordenación; incluso, podría deslegalizar la materia. Son materias no necesariamente «organizativas» o domésticas y en las que la regulación reglamentaria se suele sustentar en la genérica previsión del art. 97 CE. Es mas, en materia propiamente doméstica es claro que el Reglamento organizativo no necesita habilitación alguna, al ser un ámbito de actuación reglamentaria ya legalmente reconocido [arts. 12.2.a) LOFAGE Y 4.1.b) LG¹¹⁴] en tanto no se exceda de los «límites del propio Departamento». En este contexto, resulta un tanto contradictorio decir que «los reglamentos independientes [por organizativos] regulan materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de Ley. De ahí que la doctrina científica mas cualificada enseñe que los reglamentos independientes sirven para regular todo lo relativo a la organización administrativa, así como el ejercicio de poderes que a la Administración les están conferidos discrecionalmente. Los reglamentos independientes tienen como límites los derivados de su propia naturaleza. Por ello, este tipo de reglamentos no puede modificar ni derogar el contenido de otros reglamentos de mayor jerarquía; ni limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas. Los mismos se dictan en ejercicio de la «potestad reglamentaria que la Constitución y las leyes otorgan a la Administración ...[¹¹⁵] para que ésta ejercite su facultad de autoorganización para el mejor funcionamiento de sus fines. En suma, «el Reglamento independiente es admisible tras la Constitución en el ámbito interno (con fines puramente autoorganizativos) y en el marco de las relaciones de sujeción especial»¹¹⁶. Se puede aprehender el concepto «organizativo», mas cabe la duda de si todas las relaciones de «supremacía especial» entran asimismo en esa configuración según ha sido doctrinalmente definida y jurisprudencialmente aceptado; o si sólo es posible considerar como propiamente organi-

¹¹⁴ La LOFAGE [art. 12.2.a)] reconoce esta potestad «en los términos previstos en la legislación específica» y la posterior LG identifica su ámbito de ejercicio en «las materias propias de su Departamento».

¹¹⁵ Diluyéndose así la distinción entre Reglamento ejecutivo y Reglamento independiente/organizativo.

¹¹⁶ STS de 27/2/97 (F.D. quinto). Ar. 1527.

zativa la «relación de supremacía especial funcionarial»¹¹⁷ y¹¹⁸. Y mas aún, también cabría dudar si el ejercicio de las facultades de policía se encuentra implícito o contenido en ese ámbito de lo «organizativo». Debe traerse aquí a colación la teoría general de las limitaciones y su alcance según se apliquen a las relaciones generales o especiales de sujeción¹¹⁹, así como la consideración del «orden público» como fundamento del ejercicio de potestades de policía no expresamente habilitadas por Ley. No cabe duda que la cláusula del «orden público» como fundamento de potestades administrativas «implícitas» se opone al principio general de libertad que inspira nuestro Ordenamiento jurídico, de forma que sus limitaciones sólo podrían hacerse en base y de conformidad a previa ley, salvando los supuestos, restrictivamente interpretados, de las «relaciones especiales de sujeción» que, aún con ciertas reservas pueden considerarse una expansión admisible de «lo organizativo». Lo que ya resulta mas cuestionable es que los Reglamentos de policía, in género, entren dentro «de las facultades organizativas de la Administración»¹²⁰. El devaluado «Reglamento de necesidad», restrictivamente inter-

¹¹⁷ Tal es la razón por la que la «adscripción de puestos de trabajo a funcionarios de determinados Cuerpos y Escalas [art. 15.2 LMRFP... es] en todo similar al significado de un puro acto administrativo, y de una regulación independiente de dicho artículo referida a un concreto aspecto de la relación de los funcionarios afectados por la reserva [...]. Se trata de una norma que pesa sobre la propia organización administrativa, «ad intra», y se proyecta en exclusiva respecto de relaciones de supremacía especial de funcionarios integrados en esa organización, y no propiamente de una norma de ejecución del art. 15.2 de la Ley 30/84».

¹¹⁸ STS de 6/11/95 (F.D. primero). Ar. 8165. Conclusión que sólo es válida en la medida que la Ley no disponga al respecto de un contenido normativo que la norma reglamentaria debe necesariamente respetar. Si el «Reglamento independiente organizativo» es aquel que no tiene ni necesita cobertura legal, en este caso sí hay previsión legal, aunque no regulación de detalle. En puridad, no estaríamos ante un Reglamento de esta clase que consideramos sino ante un acto con vestidura formal de Real Decreto del Gobierno carente de contenido innovativo, por lo que en puridad no es Reglamento. Reiteramos lo ya manifestado anteriormente. Un Reglamento materialmente organizativo puede ser asimismo materialmente ejecutivo, al ordenar una previsión legal que le habilita y limita. Un Reglamento organizativo no necesariamente tiene que ser independiente en los términos expresados.

¹¹⁹ En el primer caso, se precisa «necesaria remisión a una ley formal»; en el segundo, «puede entenderse implícita [...] siempre bajo cobertura legal». J.M. CUÉTARA MARTÍNEZ, *La Actividad de la Administración*, Tecnos, 1983, p. 223.

¹²⁰ STS de 9/2/96 (F.D. 3). Ar. 1812. Se trataba de regular, limitándolo, el tráfico de motos de alta velocidad por el riesgo que suponía para la vida y embarcaciones ajenas y al que es propio e inherente la situación de peligro, por lo que, «sin invadir la esfera de derechos de residencia y libre circulación» su regulación por Decreto entra dentro de las facultades

pretado y con alcance condicionado y limitado, tiene así su propio y específico ámbito de proyección: Aquellas situaciones de riesgo o peligro cuya ordenación, no legalmente prevista, incide en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos.

de organización de la Administración. En el caso resuelto por esta STS, se dan todas las paradojas. La Ley no regula este supuesto, por lo que se dice [F.D. 2] que no es ejecutivo, sino independiente pues se dicta, precisamente, «en ausencia de ley» en razón de lo cual «se asimilan» a los ejecutivos, mas no a los efectos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, al tratarse de «una disposición de carácter general plenamente independiente», por lo que se la libera de la necesaria habilitación legal. No obstante ser un Reglamento «asimilado» al Reglamento ejecutivo y al mismo tiempo ser «independiente» se dicta en el contexto de las «facultades de organización de la Administración». Dada la circunstancias del presente caso, sería más coherente concluir que estamos ante un «Reglamento de necesidad», con el alcance y los límites que para los mismos se deducen del Ordenamiento.