

# LA EVOLUCIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL CONSTITUCIONALISMO FRANCÉS. MITOS Y REALIDADES (\*)

Por

FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de La Laguna

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RELACIÓN LEY-REGLAMENTO EN LOS REGÍMENES CONSTITUCIONALES DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX: 1. *El sistema constitucional postrevolucionario: del monopolio al dualismo normativo*. 2. *Crisis del sistema: la constante tensión entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo*. 3. *El imperio de la concepción formal de la ley: consecuencias*.—III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS POSTULADOS CLÁSICOS EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX: 1. *Ampliación del concepto de «ejecución de las leyes»*. 2. *Las «leyes de plenos poderes» y las «leyes marco»*. 3. *La reserva reglamentaria*.—IV. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER NORMATIVO DEL EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1958: 1. *El concepto formal-material de ley en la Constitución*: 1.1. *Materias reservadas a la ley: reglamentos ejecutivos*. 1.2. *Materias reglamentarias: reglamentos autónomos*. 1.3. *Las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución*. 2. *Los parámetros constitucionales de la relación ley-reglamento*.—V. LA REVISIÓN DOCTRINAL DE LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES: EL MITO DE LA RESERVA REGLAMENTARIA: 1. *El carácter ilimitado de la ley y la unidad del poder reglamentario*. 2. *Un nuevo reparto de las competencias normativas: aplicación del principio de reserva de ley*.

*«Es útil para la Ciencia de las leyes no sólo conocer la forma de Gobierno del pasado, sino también la de otros países y cuáles convienen a cuáles»  
(ARISTÓTELES, Retórica).*

## I. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar la lectura de estas páginas, es muy probable que algunos lectores se pregunten por el interés que puede tener hoy en día la evolución histórica de la potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico francés, casi medio siglo después de aprobada la Constitución de 1958. Y más, especialmente, cuando ésta se sustenta sobre unos fundamentos que —a priori— parecen muy alejados de los que inspiran la Constitución española de 1978. Para dar una respuesta afirmativa a esta interrogante bastaría con recordar las palabras de SANTAMARÍA PASTOR en las que pone de relieve el interés de la génesis de la potestad reglamentaria en la Fran-

---

(\*) Para la realización del presente trabajo se ha contado con la colaboración de una ayuda del programa europeo Sócrates, concedida por la Universidad de La Laguna, para realizar un *teaching staff* en la Universidad de París X-Nanterre, durante el curso 2002-2003, en la Cátedra del Prof. Pierre SUBRA DE BIEUSSES, a quien agradezco su amable hospitalidad.

cia de la Revolución, tanto por el liderazgo político e intelectual que este país ejerció durante los siglos XVIII y XIX como por las extraordinarias paradojas en las que incurre; así como destacar la importante contribución de este periodo histórico a la formación del Derecho administrativo contemporáneo (1).

El hecho de situar el inicio de este trabajo en el periodo constitucional no implica desconocer que los principios que lo sustentan no nacen *ex nihilo* de la revolución burguesa, sino que son el precipitado histórico de la tradición jurídica previa al constitucionalismo, como pone de relieve, en nuestra doctrina, VILLAR PALASÍ (2). Sin embargo, la distinción entre ley y reglamento adquiere verdadera carta de naturaleza con la formulación del principio de legalidad administrativa, que encuentra en el Estado constitucional «*su exacto punto de partida*», según se encarga de precisar GARCÍA DE ENTERRÍA (3). Como diría VERPEAUX, resulta demasiado aventurado establecer una relación directa entre los *règlements* del Antiguo Régimen y la moderna concepción del reglamento administrativo: la noción de poder reglamentario —señala— pasa por la existencia de un Poder Ejecutivo encargado de la ejecución de las leyes; lo que permite situar el nacimiento de la potestad reglamentaria entre 1789 y 1799 (4). Más aún, habrá que remontarse al periodo de la dictadura napoleónica (1799 a 1814) para encontrar los antecedentes de algunas instituciones que, pasado el tiempo, se consolidan en la Constitución de 1958, como es el caso de los reglamentos autónomos o de los decretos-leyes.

Si bien lo expuesto permite justificar el perfil histórico de este trabajo, no es ésta la única causa que nos ha impulsado a su realización. Existen otros motivos que pueden despertar un mayor interés desde el punto de

(1) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, pág. 696. Hablar de la relación ley-reglamento —señala GALLEGU ANABITARTE— significa plantear a *radice* el fundamento del Derecho público europeo y, por ende, del Estado y la Administración moderna (A. GALLEGU ANABITARTE, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, Madrid, 1971, pág. 6).

(2) J. L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho administrativo*, T. I, Madrid, 1977, págs. 134 y 444. Esta vinculación con el pasado preconstitucional no constituye —ni mucho menos— una singularidad del Derecho público español, sino que es común a todos los ordenamientos europeos, trascendiendo de las categorías jurídicas concretas para alcanzar a la discusión doctrinal sobre el origen mismo del Derecho administrativo (véase el interesante trabajo de C. CHINCHILLA MARÍN, «Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho administrativo», en CHINCHILLA, LOZANO y DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Madrid, 1992, págs. 21-57).

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4.ª ed., Madrid, 1994, pág. 25. En el mismo sentido, señala BURDEAU que la proclamación del principio de legalidad tiene su origen en la Revolución francesa, al imponer un sistema articulado de normas que viene presidido por el sometimiento de la Administración a la ley (BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, París, 1995, págs. 29-40). Como afirma DE LA CUÉTARA, el constitucionalismo busca dividir el poder y organizarlo en forma que por la propia división se autolimita (J. M. DE LA CUÉTARA, *Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 38, 1983, págs. 398-401).

(4) M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, París, 1991, págs. 7-17. También, P. LEGENDRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, París, 1968, pág. 460.

vista doctrinal. Nos referimos a los grandes contrastes que caracterizan el régimen constitucional francés y que afectan especialmente a la delimitación de las competencias normativas entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. De un lado, están los importantes cambios constitucionales del siglo XIX, que trajeron consigo, primero, un monopolio de la producción normativa por el Ejecutivo y, posteriormente, tras la caída de Napoleón, una vuelta al modelo de las Constituciones de inspiración jacobina, que ha perdurado hasta bien entrado el siglo XX (con la única excepción de la Constitución imperial de 1852). Y, de otro lado, se hallan las diversas y contrapuestas interpretaciones doctrinales que se han dado sobre la relación ley-reglamento en la Constitución de 1958. Pocas veces un mismo texto constitucional ha generado opiniones tan contrapuestas como las que, en un primer momento, nos hablaban de la «*decadencia de la ley*» (DURAND) y de la «*dictadura del Ejecutivo*» (HAURIUO) y las que, en fechas más recientes, señalan que «*tal revolución no ha existido*» (RIVERO, CHAPUS) o anuncian el fin de la reserva reglamentaria y la muerte del reglamento autónomo (FAVOREU, TREMEAU).

Somos conscientes de que un trabajo de esta naturaleza no puede abarcar toda la riqueza de matices que aporta la apasionante discusión doctrinal sobre la relación ley y reglamento; que, por lo demás, no es propia del actual periodo constitucional, sino que se presenta como una constante en toda su evolución histórica. Por esta misma razón, pretender resumir más de dos siglos de historia constitucional en unas cuantas páginas es una tarea que no está exenta de dificultades. Por lo tanto, este trabajo debe tomarse en sus justos términos, como una sinopsis, que pretende dar cuenta de los grandes rasgos de la evolución de la potestad reglamentaria en un país que ha ejercido una gran influencia en la construcción del Derecho público europeo.

En la línea marcada, uno de los principales objetivos del presente artículo consiste en dar cuenta de la importante mutación doctrinal, que comienza a gestarse en los últimos veinticinco años, poniendo de manifiesto dos hechos de gran importancia: de un lado, la capacidad del texto constitucional para adaptarse a las exigencias sociopolíticas y jurídicas del momento y, de otro lado, la convergencia del Derecho público francés con las concepciones dominantes en los principales países de la Europa continental sobre el modo de interpretar la relación ley-reglamento (que es común a España, Alemania e Italia) y que pasa por reconocer una *vis atractiva* de la ley (que debe regular todas las materias importantes para la vida en sociedad) frente al carácter accesorio o complementario del reglamento.

Esto permitirá sostener y, en su caso, defender una unificación del régimen jurídico de la potestad reglamentaria, que puede resultar de enorme trascendencia en la tarea de redefinir los actos jurídicos de la Unión Europea en un momento en el que se encuentra en discusión el proyecto de Constitución aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Tesalónica, el 20 de junio de 2003, que —en esta materia— resulta ciertamente imprecisi-

so. En el fondo, se trata de volver sobre un viejo tema en un nuevo marco, como es la construcción del Derecho público comunitario, sobre el que puede arrojar un poco de luz el recorrido histórico sobre la potestad reglamentaria en Francia.

## II. LA RELACIÓN LEY-REGLAMENTO EN LOS REGÍMENES CONSTITUCIONALES DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

### 1. *El sistema constitucional postrevolucionario: del monopolio al dualismo normativo*

Con el objetivo de superar la obsoleta concepción absolutista del Derecho imperante bajo las monarquías del Antiguo Régimen (el Derecho como manifestación de la voluntad del Rey), la filosofía iusnaturalista del pensamiento político ilustrado que inspiró la revolución burguesa de 1789 (cuyos máximos exponentes son MONTESQUIEU y ROUSSEAU) dio a luz la teoría de la *separación de poderes*. Como sabemos, esta construcción se sustenta sobre dos postulados que devienen fundamentales en el posterior desarrollo del Derecho público occidental: de un lado, la «*voluntad general*» como fuente del Derecho, cuya legítima expresión es la ley general; y, de otro lado, la total «*sujeción de la Administración a la ley*», que carece de cualquier poder normativo originario, aun con carácter provisional. A partir de este momento, la ley deja de ser la voluntad del Estado (*voluntas*), para pasar a ser creación de la voluntad de todos los ciudadanos (*ratio*) a través de sus representantes (en la afortunada aportación de SIEYÈS), de forma que la libertad consiste en no obedecer más que a las leyes (5).

El concepto de ley que introduce esta corriente filosófica liberal descansa sobre la combinación de elementos formales y materiales. Así las cosas, la ley se concibe como «*todo acto de la voluntad general*» (forma u órgano), que participa de los caracteres de «*generalidad*» (contenido u objeto) y «*abstracción*» (destinatarios), constituyéndose en presupuesto de toda actuación administrativa, en tanto que técnica adecuada para garantizar la libertad, la igualdad y la seguridad de todos los ciudadanos. Bajo la autoridad de las ideas revolucionarias, el Constituyente de 1791 diseña un Poder Ejecutivo (delegado en el Rey) sin potestades normativas, que se limita a dictar *proclamaciones* para «*ordenar o recordar la ejecución*» de las leyes (Título III, capítulo IV, sección primera, art. 6). Por el contrario, éste se sitúa por debajo de un Poder Legislativo que puede emanar leyes y decretos, indiferenciadamente, según sean o no sancionados por el Rey. Es así que el Título III, capítulo III, sección tercera, artículo 6, de la Constitución de

---

(5) Sobre esta nueva concepción de la ley y de «su mágica articulación con la libertad» es particularmente recomendable el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2.ª ed., Madrid, 2001, en especial págs. 102-143.

1791 dispone que todos los Decretos de la Asamblea Nacional sancionados por el Rey «*ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de lois*» (6).

Este esquema normativo se mantiene bajo la Constitución montañesa de 1793 (o Constitución del año I, de acuerdo con el calendario revolucionario), aprobada durante la *Convención nacional*, pero con ciertos retoques: de una parte, introduce una diferencia material entre leyes y *décrets* de Cortes (arts. 54 y 55), definiendo como tales los actos del Legislador relativos a «*les mesures de sûreté et de tranquillité générales*»; y, de otra parte, limita la actuación del Ejecutivo a la «ejecución de las leyes y decretos del Cuerpo legislativo» (art. 65). Ante los problemas que genera la aplicación de esta potestad de ejecución, la Ley de 4 de diciembre de 1793, sobre el modo de gobierno provisional y revolucionario, prohíbe expresamente a toda autoridad o funcionario público hacer proclamaciones o adoptar reglamentos «*extensifs, limitatifs ou contraires au sens littéral de la loi, sous prétexte de l'interpréter ou d'y suppléer*» (II, art. 11). En este marco, el Ejecutivo actúa como mero intérprete del Legislador: cuando utiliza esta potestad —se dice— no hace más que *acte de magistrature* (7).

Aún bajo la influencia de las doctrinas de ROUSSEAU, con el *Directorio*, la Constitución de 1795 (o Constitución del año III) recoge el poder del Ejecutivo para hacer proclamaciones «*conformes aux lois et pour leurs exécutions*» (art. 144). Esta sutil diferencia permite a la doctrina reconocer la existencia de una potestad reglamentaria, en consonancia con la idea expresada por SIEYÉS, que concibe el Directorio como un *législateur d'exécution*. Es así que durante el Directorio existió una generosa utilización del reglamento (de la que nos da cuenta ampliamente VERPEAUX). Por lo demás, esta última expresión parece reflejar, asimismo, la tesis imperante en un primer momento, que concibe la potestad reglamentaria como una potestad delegada del legislador, que participa de su misma naturaleza y autoridad, pero sin desvirtuar su carácter de «*dispositions secondaires, destinées à mettre la loi en action*».

---

(6) No obstante, durante los primeros meses de la Revolución existió una gran imprecisión terminológica: en un primer momento, la Asamblea Nacional sólo podía aprobar decretos (así lo establecía el Decreto de 9 de septiembre de 1790), que en realidad eran auténticas leyes; mientras que, por su parte, el Rey mantenía algunas de las categorías jurídicas del Antiguo Régimen (como eran las ordenanzas), que con otras modernas (instrucciones y proclamaciones) suponían el ejercicio de una auténtica potestad reglamentaria, al constituir decisiones nuevas que reunían las características de generalidad e impersonalidad.

(7) Así se recoge en el *Discurso Preliminar* del Código civil napoleónico, obra de PORTALIS, presentado el 21 de enero de 1801 [véase también la voz *règlement administratif*, en el *Dictionnaire de l'Administration française* de M. BLOCK, 3.ª ed., París, 1962, págs. 1421-1422]. Como consecuencia de esta concentración del poder normativo en manos de la Asamblea, años más tarde se denunciaría un uso excesivo en la utilización de la forma de ley para regular materias que eran propias del reglamento, con el fin de justificar la facultad del Gobierno para modificar o derogar mediante reglamento la legislación aprobada durante este periodo (vid. pág. 6).

## 2. Crisis del sistema: la constante tensión entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo

El sistema normativo diseñado por los revolucionarios franceses entró en crisis a comienzos del siglo XIX, coincidiendo con el primer gobierno de Napoleón, como consecuencia de la permanente tensión que surge entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. La Constitución napoleónica de 1799 (Constitución del año VIII) modifica la situación jurídica anterior, reconociendo una amplia potestad reglamentaria en favor del Ejecutivo. Éste no se limita ya a dictar los *règlements nécessaires* para asegurar la ejecución de las leyes (art. 44), sino que, además, tiene la facultad de adoptar «*règlements d'administration publique*» (arts. 48, 52 y 54) en todas aquellas materias a las que expresamente remita el Legislador, previa intervención del Consejo de Estado. Ello permite diferenciar doctrinalmente entre *décrets* y *règlements*: los primeros ejecutan la ley (y, por lo tanto, tienen carácter subordinado) y los segundos la completan, interviniendo en el ámbito del Legislador (por lo que tienen carácter autónomo) (8).

Las reformas constitucionales de 1802 y 1804 (por las que Napoleón se proclama, sucesivamente, Cónsul y Emperador) vinieron a reforzar los poderes del Ejecutivo de forma extraordinaria. La Constitución, en este caso, servirá para enmascarar un auténtico régimen dictatorial, que confiere al Primer Cónsul un amplio poder reglamentario, bajo la forma de *arrêtés consulaires*, no sólo para ejecutar las leyes, sino también para regular conjuntamente con la ley o donde ésta no dice nada. En el periodo Imperial, este poder reglamentario autónomo se extiende considerablemente: de esta naturaleza son los abundantes decretos que fijan las estructuras, organizan el funcionamiento interno de los servicios y determinan las obligaciones de los ciudadanos dictando las medidas de policía. En 1804, Napoleón afirmaría que «*tout ce qui est administration, sûreté, police*» es competencia del reglamento (9). De esta forma, se produce un cambio fundamental

(8) Los *règlements d'administration publique* (RAP) eran aprobados por el Jefe del Estado o por el Primer Ministro (previa deliberación en asamblea general del Consejo de Estado), por «delegación», «invitación», «mandato» o «habilitación» —en la terminología utilizada por la doctrina— del Legislador, para regular materias propias de éste, por lo que el papel reservado al Ejecutivo era mucho más importante que en el tradicional reglamento ejecutivo (de hecho, DURAND los denomina «reglamentos autónomos»; vid. «Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814», en Ch. DURAND y A. LANZA, *Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX siècle*, Aix-Marseille, 1976, págs. 37-39). Por este motivo, durante un largo tiempo, la doctrina consideró que los reglamentos de administración pública participaban del poder legislativo y que, por lo tanto, tenían naturaleza de actos legislativos, atribuyéndoles el calificativo de «*leyes secundarias*» (por todos, M. MACAREL, *Cours de droit administratif*, T. I, 12.<sup>a</sup> ed., París, 1848, págs. 48-54; una posición crítica en H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1906, págs. 101-103). Frente a esta consideración inicial, el *arrêt* del Consejo de Estado de 6 de diciembre de 1907, *Cie. des chemins de fer de l'Est*, otorgó naturaleza administrativa a estos reglamentos, y los consideró susceptibles de recurso por exceso de poder; y como tales han perdurado hasta su definitiva desaparición en 1980, como veremos más adelante.

(9) F. BURDEAU, *Histoire de l'administration française du 18.<sup>o</sup> au 20.<sup>o</sup> siècle*, París, 1989,

que va a dejar su huella en la posterior evolución jurisprudencial: la imposición del orden público, que inicialmente era función del Parlamento, pasa a ser función de la Administración. Pero el Gobierno llega aún más lejos, al hacer uso de su potestad reglamentaria para modificar o derogar (con el beneplácito del Consejo de Estado) las disposiciones formalmente legislativas, aprobadas con anterioridad a la Constitución de 1799, que tengan un objeto materialmente reglamentario (discriminación que no ha estado exenta de polémica) (10). Todo esto provoca una subversión de los principios revolucionarios que desemboca en un monopolio normativo del Ejecutivo: en este periodo —se afirma— el «*l'Empereur légifère par décrets*».

Tras la caída de Napoleón y el restablecimiento de la monarquía, la *Carta Constitucional de 1814* recorta los poderes del Ejecutivo, introduciendo el principio de colaboración con el Poder Legislativo. Aun así, permitía al Monarca actuar por reglamentos u ordenanzas cuando se juzgaba amenazada la «*seguridad del Estado*» (art. 14). Sobre la base de este precepto, y con los antecedentes que acabamos de exponer, el 25 de julio de 1830 (bajo el reinado de Carlos X), el Gobierno de Auguste Polignac aprobaría las famosas *Ordenanzas de Saint Cloud*, suspendiendo la libertad de prensa, modificando la ley electoral, disolviendo la Cámara y convocando nuevas elecciones. Esto último, junto al malestar político de la época, dio lugar a la revuelta de París de 1830, que motivó la caída de la monarquía borbónica con el nombramiento de Luis Felipe de Orleans como nuevo Rey de Francia y la simultánea promulgación de la Carta constitucional de 14 de agosto de 1830, que reconocía una potestad reglamentaria limitada nuevamente a la ejecución de las leyes, «*sans pouvoir jamais ni suspendre des lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution*» (art. 13) (11).

La *Constitución de 1830* supuso un cambio sustancial, en el orden constitucional y jurisprudencial: *a)* el poder reglamentario sólo se puede ejercer para asegurar la aplicación de las leyes; y *b)* lo que se encuentra regulado en una ley no puede ser modificado o derogado más que por otra ley. Sin embargo, las Constituciones posteriores, fieles al principio de separación de poderes, no hacen expresa mención del poder reglamentario del Ejecutivo (a excepción de la Constitución autoritaria de 1852, art. 6). A pesar de todo, la doctrina ha estimado siempre implícita esta potestad en las disposiciones constitucionales que atribuyen al Jefe del Estado o al Jefe del Gobierno el ejercicio de «*surveiller et assurer l'exécution des lois*» (que, por su generalidad y abstracción, están necesitadas de un instrumento de concreción). Por el contrario, frente a la tesis clásica de la delegación legis-

pág. 73. DURAND atribuye el origen de esta expresión al tribuno Joseph-Jérôme SIMÉON (Ch. DURAND, «Les rapports entre la loi et le règlement...», *loc. cit.*, pág. 239).

(10) Tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado reconocían fuerza de ley a los decretos imperiales «*promulgados y ejecutados como leyes sin oposición del poder legislativo*», si bien admitían la posibilidad de modificarlos, mediante simples ordenanzas reales, cuando tuvieran un contenido meramente reglamentario [véase J.-L. MESTRE, *De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution*, en «*Revue française de droit administratif*», 17 (2), 2001, págs. 307-309].

(11) Por todos, G. LEPOINTE, *Histoire des institutions du droit public français au XIX siècle (1789-1914)*, París, 1952, págs. 98-113.

lativa, se afirma ahora que el poder reglamentario inherente a la función ejecutiva es un don inherente a la *tradición constitucional* (12).

En este sentido, no le falta razón a BERTHÉLEMY cuando escribe que la necesidad de conferir a órganos distintos las funciones de legislar y de procurar la ejecución de las leyes no tiene el carácter de una verdad jurídica que las Constituciones se limiten a constatar, sino que simplemente consiste en una precaución que el buen sentido y la experiencia han demostrado útil contra los abusos de poder (13).

### 3. *El imperio de la concepción formal de la ley: consecuencias*

A comienzos del siglo XX, la doctrina iuspublicista francesa —abandera da por CARRÉ DE MALBERG— abriga con todo su ropaje la concepción formal de la ley, que aparecía recogida ya en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 («*La Ley es la expresión de la voluntad general*») (14). Esta concepción doctrinal, que constituye la clave de bóveda sobre la que se engazaría la relación entre la ley y el reglamento en la primera mitad del siglo XX, se caracterizaba por dos rasgos principales:

En primer lugar, por la naturaleza de la ley como fuente principal y prevalente del Derecho, de alcance ilimitado y fundamento de legitimidad de toda la actividad de la Administración y, por ende, de la potestad regla-

---

(12) F. HAMON y C. WIENER, *La loi sous surveillance*, París, 1999, pág. 14. En el fondo, ello obedece a un principio —intemporal— no escrito: la ley pertenece al lenguaje de los principios y el reglamento al de lo accesorio. Al interrogarse por el origen de la potestad reglamentaria, HAURIUO llega mucho más lejos, al afirmar que «*la legislación no hace más que reconocer la naturaleza de las cosas, puesto que el poder reglamentario es inherente a todo poder de mando*» (véase esta afirmación y su crítica a la naturaleza delegada del poder reglamentario en M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12.<sup>a</sup> ed. —1933—, revisada por André HAURIUO, París, 2002, págs. 55-69; en el mismo sentido se había pronunciado anteriormente A. M. BATBIE, *Précis de droit public et administratif*, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1885, pág. 42). GARCÍA DE ENTERRÍA califica las posiciones de HAURIUO de «*tiranía conceptual de unas construcciones mentales*» que han operado ciega e imperturbablemente hasta sus consecuencias extremas (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1981, pág. 97).

(13) H. BERTHÉLEMY, *Traité...*, ob. cit., pág. 11.

(14) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, París, 1920, reimpresión 1961, en especial págs. 314-326 y 329; también en *La loi, expression de volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, 1931. Desde esta concepción formal, todo acto dispositivo aprobado por el Parlamento tiene naturaleza legal: «*del mismo modo que el Cuerpo Legislativo sólo puede hacer leyes, es ley todo lo que teniendo forma legislativa haga el Cuerpo Legislativo*» (*La loi...*, ob. cit., págs. 23-24). Como destaca VILLAR PALASÍ, el Parlamento no sólo tenía el monopolio de la producción normativa, sino que también era el titular exclusivo de la propiedad del poder, lo que, a su vez, le confería el monopolio de los actos de disposición; por este motivo, sostiene dicho autor que no son las Constituciones, sino las doctrinas elaboradas sobre ellas las que, de modo equivocado, identifican al Parlamento con la función normadora (J. L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes...*, ob. cit., págs. 60-62). Despojado ya de esta condición de *dominus*, queda fuera de toda duda que, hoy en día, los Parlamentos realizan numerosas actividades «*materialmente administrativas*» (actos de administración) que no revisten la forma de ley.



mentaria, que quedaba restringida a la mera ejecución de aquélla, con el fin de facilitar su aplicación. En otros términos, sólo el Parlamento era titular de un poder originario, mientras que los órganos que participaban del Poder Ejecutivo tenían la consideración de meros «*agentes*», «*funcionarios*» o «*administradores*» que actuaban únicamente con poderes derivados, que procedían de la ley.

Y, en segundo lugar, por el carácter «*incontestable*», esto es, inimpugnable e irrecusable, de la ley, que una vez promulgada no sólo se imponía al juez (escapando a todo control jurisdiccional sobre su validez) (15), sino que, además, no permitía fundar ninguna acción de condena contra el Estado sobre una supuesta falta del Legislador. Cualidades que no cabía predicar de los reglamentos, que —dominados por una concepción formal y su carácter jerárquicamente subordinados a la ley— gozaban del mismo régimen que los actos administrativos y, por lo tanto, eran impugnables y recusables (recurso por exceso de poder y excepción de ilegalidad) (16).

Siguiendo estos postulados, el esquema constitucional de distribución del poder normativo vigente hasta la Constitución de 1958 (diseñado ya en sus líneas fundamentales en la Constitución de 1795) ha sido delimitado por la doctrina de conformidad con los siguientes caracteres:

a) Un Poder Legislativo fuerte que representaba la soberanía nacional y que inicialmente sólo emanaba leyes generales y abstractas (17), sobre todas aquellas materias que desease regular. En este contexto, diferenciaba VEDEL una reserva de ley «*por naturaleza*» y una reserva «*por de-*

---

(15) De esta forma, la superioridad de la Constitución era «puramente teórica», por cuanto no se reconocía a ninguna autoridad el poder de apreciar la constitucionalidad de la ley. En contra del carácter incontestable de la ley se pronuncian, prontamente, HAU-RIOU (1909) y BERTHÉLEMY (1914), entre otros (una visión general en L. DUGUIT, *La transformación del Derecho Público y Privado*, trad. esp. A. POSADA y R. JAÉN, Buenos Aires, 1975, pág. 64).

(16) De aquí proviene la tradicional consideración de los reglamentos como actos administrativos normativos, propia del Derecho francés (al respecto puede verse el expresivo trabajo de F. LUCHAIRE, «Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français», en *Homenaje a Léo HAMON*, París, 1982, págs. 445 y ss.). Según JÈZE, la diferencia en el régimen jurídico de la ley y el reglamento radica en la distinta «calidad del autor de la ley» y no en su naturaleza jurídica (JÈZE, *Principios generales del derecho administrativo*, T. I, trad. esp. de la 3.ª ed. de 1925 por J. N. SAN MILLÁN ALMAGRO, Buenos Aires, 1948, págs. 33-35; también, R. BONARD, *Précis de Droit public*, 7.ª ed., París, 1946, págs. 50-51). Por el contrario, la diferente naturaleza entre ley y reglamento era mantenida por M. HAU-RIOU, *Précis de droit administratif...*, ob. cit., ed. de 1903, págs. 19-20.

(17) Si bien esto era así en un primer momento, relativamente pronto, una vez transformado el Estado en «Estado-administrador», se empezó a hacer uso de *leyes individuales o singulares*, que tenían por objeto el otorgamiento de una concesión de obras públicas o la asignación de una pensión a una viuda, etc. (vid. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, ob. cit., pág. 328, y *La loi...*, ob. cit., pág. 41). El problema de las leyes individuales y la dificultad de su reconocimiento por algunos autores se debe a la difuminación que esta categoría recibe bajo la doctrina de la concepción material de ley (como norma general y abstracta), que la concibe —erróneamente— no como ley, sino como «acto administrativo con forma de ley» (por todos, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. II, París, 1928, págs. 166-180; véase también la importante obra de P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, T. II, trad. franc. de la 1.ª ed. alemana por C. GANCILHON y Th. LACUIRE, París, 1901, págs. 261 y 363).

*terminación de la ley*» (18). Todas aquellas materias que afectaban muy de cerca a la esfera de libertad del ciudadano se encontraban reservadas exclusivamente a la ley, bien por disposiciones expresas de la Constitución o bien por «*tradición constitucional republicana*»: los delitos y penas, los impuestos, las libertades públicas, el desarrollo de las garantías fundamentales de los ciudadanos y el régimen electoral (es lo que conocemos como reserva material de ley). Pero, como el ámbito de la ley era ilimitado, el Legislador podía asimismo intervenir fuera de esta esfera de reserva material en todas las materias que desease regular, las cuales quedaban incorporadas, a partir del mismo momento de su regulación parlamentaria, a la reserva «*por determinación de la ley*» (dando lugar a una reserva formal de ley).

b) Un Poder Ejecutivo débil, de naturaleza subordinada, al que sólo se reconocía poder reglamentario para la ejecución de las leyes (*secundum legem*). En teoría, sólo podían adoptarse reglamentos previa «*habilitación especial*» contenida en el texto constitucional o legislativo, que fijara previamente las modalidades de aplicación, que no podían ser modificadas ni contradichas por el Ejecutivo. En este sentido, correspondía al juez ordinario verificar la conformidad del reglamento a la ley y, en su caso, declarar su ilegalidad.

Esta situación, que se definió como «*Estado legal*» (CARRÉ DE MALBERG), podía resumirse perfectamente con dos premisas: la primera era que «*si había materias que únicamente el Legislador podía regular, no existía ninguna que le estuviese vedada*»; y la segunda, que «*el poder reglamentario se ejercía para la ejecución de las leyes, en el respeto de las leyes y en las esferas consentidas por el legislador*» (19).

Esta concepción formal de la ley condicionó fuertemente el significado inicial del principio de legalidad administrativa elaborado por la doctrina francesa clásica, que fue concebido, de un lado, como supremacía de la ley respecto a los actos jurídicos de la Administración y, de otro lado, como un principio cuasi absoluto de precedencia de ley formal o vinculación positiva de toda la actividad administrativa a la ley. En este contexto se hacía innecesario hablar de un ámbito reservado a la ley (como tampoco cabía hablar de un ámbito reservado a la potestad reglamentaria), por cuanto el principio de legalidad era exponente de una reserva total de ley, que había de entenderse como exigencia de ley previa. Ahora bien, en la práctica, el cumplimiento de este principio podía convertirse en un simple formalismo, por cuanto nada impedía al Legislador aprobar una simple ley de habilitación o de autorización al reglamento vacía de contenido normativo; esto es, proceder a una «*autorización o remisión en blanco*» a la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

---

(18) G. VEDEL, *Derecho administrativo*, trad. esp. de la 6.<sup>a</sup> ed. de 1976 por J. RINCÓN JURADO, Madrid, 1980, págs. 26-27.

(19) G. VEDEL, *Derecho administrativo*, ob. cit., págs. 26-27; A. DE LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I, 12.<sup>a</sup> ed., París, 1992, pág. 541.

En consecuencia, no se trataba de una reserva total de ley en su sentido material o sustancial, sino tan sólo formal, porque el Legislador era libre para deferir la completa regulación de una determinada materia al reglamento. Éste era el caso de los *règlements d'administration publique*, a los que siguió acudiendo con frecuencia el Legislador, a pesar de no tener plasmación en algunos textos constitucionales. A este respecto, diría DUFOUR que cuando la ley otorga al Jefe del Estado un mandato especial para dictar un reglamento en las materias reservadas al Poder Legislativo, aquélla deberá fijar «*le point de départ et le but du pouvoir réglementaire*», correspondiendo al reglamento regular el resto de la materia (20).

### III. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS POSTULADOS CLÁSICOS EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

#### 1. Ampliación del concepto de «ejecución de las leyes»

A comienzos de este siglo, la introducción de algunos elementos extraños —acompañada de una corriente doctrinal cada vez más favorable a una revalorización del poder normativo del Ejecutivo— comienza a erosionar el clásico sistema jurídico francés de tradición jacobina, marcando el paso hacia una nueva concepción del Estado de Derecho (21). El primero de estos elementos surge como consecuencia de una interpretación amplia del concepto tradicional de «*ejecución de las leyes*», que utiliza el Consejo de Estado para reconocer al Jefe del Estado un poder reglamentario propio, de carácter *autónomo*, esto es, independiente de la ley, que se justifica por la necesidad de asegurar el mantenimiento del orden público y el funcionamiento de los servicios públicos, en aquellos ámbitos materiales que no han sido regulados por el Legislador (22). De esta forma, el término

(20) G. DOUFOR, *Traité général de droit administratif appliqué*, T. I, 3.ª ed., París, 1868, pág. 54.

(21) Ello justifica el título de la obra de M.-J. REDOR, *De l'État Legal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris-Aix-en-Provence, 1992.

(22) Los *arrêts* de 4 de mayo de 1906, *Babin*, y de 28 de junio de 1918, *Heyriès*, de un lado, y el *arrêt* de 8 de agosto de 1919, *Labonne*, de otro lado, reconocen al Jefe del Estado un poder reglamentario autónomo, no recogido en la ley ni en la Constitución, para la reglamentación interna de los servicios públicos, los dos primeros, y para la adopción de medidas necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad pública (a propósito del decreto que constituye el primer Código de la circulación), el último. La doctrina del caso *Labonne* se repetiría, posteriormente, en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado en materia de salubridad pública: *arrêts* de 7 de julio de 1950, *Dehaene*; de 25 de febrero de 1960, *Balestre*; de 13 de mayo de 1960, *S.A.R.L. Restaurant Nicolas* (todos ellos en virtud de recursos anteriores a la Constitución de 1958); y de 2 de mayo de 1973, *Assoc. culturelle des israéliens nord-africains de Paris*. En la doctrina, particularmente, J. BARTHÉLEMY, *De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application*, en «*Revue de droit public*», 1907, págs. 295-320. En contra de esta jurisprudencia se manifestaron, entre otros autores, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution...*, ob. cit., págs. 647-657; L. DUGUIT, *Traité...*, ob. cit., T. IV, 2.ª ed., París, 1924, págs. 728-729, y P. DUEY y G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, París, 1952, pág. 33.

«ejecución de las leyes» viene referido no a una ley concreta, sino al «*bloque de la legalidad*» (en feliz fórmula de HAURIUO). Por tal habría de entenderse una tarea más general que la simple ejecución de cada ley, artículo por artículo, párrafo por párrafo; suponía la tarea de «*asegurar el mínimo de condiciones requeridas para la continuidad de la vida de la nación, es decir, para el mantenimiento del orden público y la buena marcha de los servicios públicos, todo ello con independencia, incluso, de las prescripciones formales del legislador*» (23).

En este contexto, se deben a DUGUIT las siguientes palabras: «*el Jefe del Estado hace hoy, no solamente reglamentos que se refieren a leyes verdaderas anteriores, sino muchos reglamentos autónomos que no se refieren a ninguna ley estricta, y cuya validez, sin embargo, nadie trata de discutir*» (24). En esencia, se trataba de suplir a la ley en aquellos supuestos en que el mantenimiento del orden y la continuidad de los servicios públicos exigían una adecuada respuesta de los poderes públicos. Es por ello que en todos estos supuestos se habla de una «*reglamentación necesaria o indispensable*».

Esta nueva corriente doctrinal y jurisprudencial tiene como resultado el reconocimiento de un poder reglamentario *extra legem* limitado a determinadas materias definidas consuetudinariamente, como eran el ámbito de los servicios públicos y de policía administrativa. Pero, en la práctica, la amplitud de estos dos conceptos permitiría ir extendiendo progresivamente esta potestad reglamentaria autónoma (no excluyente de la ley) a todas aquellas materias que no se encontraran reservadas al Legislador, colocando los cimientos de una nueva concepción de la legalidad de la doctrina francesa contemporánea.

La ampliación de la potestad reglamentaria permite distinguir tres tipos de reglamentos, en función de su objeto (25). Por un lado, están los *reglamentos orgánicos de los servicios públicos*, que sólo producen efectos *ad intra*, en tanto que están dirigidos exclusivamente a organizar los servicios internos de cada Ministerio y que pueden ser adoptados por todo jefe de servicio (*arrêt* del Consejo de Estado de 7 de febrero de 1936, *Jamart*). En segundo lugar, encontramos los *reglamentos de policía*, dirigidos a mantener el buen orden, la seguridad y la salubridad pública, por lo que tienen efectos *ad extra*, y cuya titularidad se reconoce al Jefe del Ejecutivo en virtud de sus poderes generales. Y, por último, los tradicionales *reglamentos de aplicación de las leyes*, que tienen un triple requisito: a) requieren de una habilitación constitucional o legal, por lo que los ministros carecen por sí mismos del poder de dictar tales reglamentos *ex officio* (*arrêt* del Consejo de Estado de 24 de noviembre de 1961, *Anglès de'Aurice*); b) no pueden

---

(23) G. VEDEL, *Derecho administrativo*, ob. cit., págs. 10-12; del mismo autor, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, en «Etudes et Documents du Conseil d'État», núm. 8, 1954, págs. 154 y 158-159. Véanse también M. HAURIUO, *Précis de droit administratif...*, ob. cit., ed. de 1903, págs. 13 y 30; J. RIVERO, *Droit administratif*, París, 1960, pág. 30; J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, París, 1968, pág. 169.

(24) L. DUGUIT, *Las transformaciones del derecho...*, ob. cit., págs. 57 y 58; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif...*, ob. cit., reimpresión de la 12.ª ed., 2002, pág. 551.

(25) Vid. M. WALLINE, *Droit administratif*, 9.ª ed., París, 1963, págs. 121-124.

contradecir la ley; y *c*) no pueden imponer obligaciones que por su naturaleza deban ser aprobadas por ley (*arrêt* del Consejo de Estado de 12 de noviembre de 1954, *Jammes*).

## 2. Las «leyes de plenos poderes» y las «leyes marco»

A finales de la III República surgen las «leyes de plenos poderes», técnica excepcional con la que se perseguía un doble objetivo: de un lado, paliar la incesante incorporación de nuevas materias a la esfera legislativa como consecuencia de la denominada reserva por «*determinación de la ley*» (de la que nos hablaba VEDEL) y, de otro lado, dar una rápida respuesta a los crecientes problemas planteados por la desastrosa situación económica y política de postguerra (implicando, en ocasiones, la adopción de medidas impopulares). A través de las leyes de plenos poderes, el Parlamento podía habilitar al Jefe del Ejecutivo para adoptar, durante un periodo de tiempo relativamente breve, medidas pertenecientes a la esfera legislativa, bajo la forma de *décrets-lois*. Por esta vía, operaba una habilitación legislativa al Gobierno para modificar las leyes vigentes por vía reglamentaria, cuando la urgencia, el tecnicismo o la impopularidad de las medidas a adoptar así lo aconsejaban.

Esta práctica se consolidó durante la IV República, estableciendo la Constitución de 1946 dos importantes restricciones, que venían a poner freno a su utilización abusiva (26). Por un lado, se prohibió regular por decreto-ley las materias reservadas al Legislador, bien por la Constitución o bien por la tradición constitucional republicana (las denominadas por VEDEL materias legislativas «*por naturaleza*», que podían comprometer la soberanía nacional); no así aquellas otras materias reguladas por ley (materias legislativas «*por determinación de la ley*»), lo que no dejaba de implicar una relativa imprecisión en cuanto al contenido exacto de este límite a la legalidad de las habilitaciones legislativas. Y, por otro lado, la ley de habilitación debía fijar previamente los objetivos perseguidos, quedando prohibidas las cláusulas generales e imprecisas que pudieran suponer una transferencia al Gobierno del ejercicio de esa soberanía nacional. El acto resultante de esta operación, desde su dimensión formal, tenía la consideración de un acto del Ejecutivo, quedando sujeto al control judicial hasta el momento de su posterior ratificación por el Parlamento; sin embargo,

---

(26) La utilización abusiva de las leyes de plenos poderes, en el periodo comprendido desde el Régimen de Vichy hasta el Gobierno Provisional del General De Gaulle (1940 a 1946), originó una concentración de los poderes ejecutivos y legislativos en manos del Jefe del Ejecutivo. Por este motivo, la doctrina pretendió ver en el artículo 13 de la Constitución de 1946 una prohibición de los decretos-leyes, al prescribir que «*sólo la Asamblea Nacional vota la ley, no pudiendo delegar este acto*». Sin embargo, el *arrêt* del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1953, *avis*, hizo una interpretación flexible de este precepto, favorable a la utilización racional de la técnica de los decretos-leyes, prohibiendo tan sólo el recurso a los «*Decretos tomados en virtud de leyes de plenos poderes, tal como fueron practicados bajo la 3.ª República*», esto es, que no se limitara a una materia concreta (véase «*Revue de droit public*», 1953, págs. 170-171).

desde el punto de vista de su autoridad, tomaba inicialmente los caracteres de la ley. A pesar de esto último, la doctrina francesa les negaría el valor de ley, como consecuencia del principio indiscutible de inconstitucionalidad de toda delegación legislativa («*le pouvoir législatif ne se délègue pas*»), calificándolos como meros actos del poder reglamentario.

Junto a las leyes de plenos poderes e, igualmente, como técnica de habilitación normativa, bajo la IV República se introducen, también, las denominadas *lois-cadres* o leyes marco, que son aquellas en las que el Parlamento se limita a regular los principios generales de la materia, trazando un «*marco*» dentro del cual el Ejecutivo puede llevar a cabo el desarrollo reglamentario. Estas leyes, en cuanto resultan carentes de control, dejaban abierto al reglamento un campo prácticamente libre de actuación, en el que quedaba salvada la prohibición de delegación legislativa (27).

### 3. *La reserva reglamentaria*

Por último, se introdujo una técnica también desconocida hasta la fecha como era la reserva reglamentaria. El artículo 7 de la Ley de 17 de agosto de 1948 (conocida como Ley *André Marie*) enunciaba una larga lista de materias (eminentemente económicas y financieras) que «*tenían por naturaleza carácter reglamentario*» y en cuyo ámbito la ley no debía operar. Se establecía así una auténtica «*deslegalización en bloque*», por la que se reconocía al Ejecutivo la facultad de derogar, modificar o sustituir por decreto del Consejo de Ministros todos los textos legales vigentes en las concretas materias enumeradas; así como la facultad de intervenir por idéntico recurso sobre esta misma materia de modo permanente e indefinido en cualquier momento futuro, con independencia de que el Legislador hiciera entrada en esta esfera reservada.

Sin embargo, esta técnica tendría escasa eficacia, pues la naturaleza de ley ordinaria del citado texto permitió al Legislador ir retirando al poder reglamentario aquellas parcelas previamente reservadas. Por este motivo, detrás de toda regulación importante casi siempre solía haber una ley reguladora o, en su caso, habilitadora de la posterior regulación reglamentaria. Aun así, puede verse aquí el antecedente de lo que constituye la reserva reglamentaria que definitivamente consagraría la Constitución francesa en 1958.

---

(27) *Arrêt* del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1953. En la doctrina, CHARPENTIER, *Les lois-cadres et la fonction gouvernementale*, en «*Revue de droit public*», 1958, págs. 220 y ss.

#### IV. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER NORMATIVO DEL EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1958

##### 1. *El concepto formal-material de ley en la Constitución*

Tras la Constitución de 1946, la doctrina francesa inició un proceso de materialización de la ley (de clara influencia germana) que conoció su consagración constitucional definitiva en la V República, con la Constitución de 1958, auspiciado por dos factores que, en sí mismos, resultan contradictorios: de un lado, por las mermaidas facultades que el concepto formal de ley reconocía al Gobierno como mero órgano ejecutor, dando lugar a una sobrecarga normativa del Parlamento como consecuencia de la multiplicidad de la normativa de detalle, que desemboca en una crisis de la ley. Y, de otro lado, por la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que admite, como hemos visto más atrás, reglamentos autónomos de policía y servicios públicos, independientes de la ley. Los factores reseñados contribuyeron decididamente a que el Constituyente de 1958 optara por un concepto formal-material de ley, fijando de forma estricta las materias reservadas a la ley y dejando, en contrapartida, un amplio campo al reglamento, que pasa a ocupar un papel protagonista (28).

##### 1.1. *Materias reservadas a la ley: reglamentos ejecutivos.*

En la Constitución de 1958, al menos desde un punto de vista teórico, el Legislador pierde su capacidad normativa ilimitada, al quedar ésta circunscrita —con algunas excepciones— a las materias enumeradas en el artículo 34 del texto constitucional. Esto trae consigo una «desvalorización» de la ley, que se verá desprovista de su carácter soberano. Sin embargo, como contrapartida, la existencia de un ámbito reservado a la ley se ve, también, como una salvaguarda de las competencias legislativas frente a la potencialidad expansiva del reglamento autónomo. A estos efectos, el artículo 34 de la Constitución francesa de 1958 define una doble reserva material de ley:

a) En primer lugar, establece un ámbito material exclusivo del Legislador delimitado por la fijación de las «reglas» concernientes a: derechos

---

(28) El procedimiento de elaboración de los artículos 34, 37, 38 y 41 de la Constitución de 1958 es descrito por P. LE MIRE, *La loi et le règlement. Art. 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958*, en «Documents d'Études», núm. 108, La Documentation Française, 1994; y por J. L. PEZANT, «Les dispositions instituant un système de délimitation des compétences législatives et réglementaires», en *L'écriture de la Constitution de 1958*, Actas del coloquio celebrado en Aix-en-Provence con motivo del XXX Aniversario de la Constitución, bajo la dirección de MAUS, FAVOREU y PARODI, París, 1992, págs. 509-566. Sobre la potestad reglamentaria, en general, puede verse J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire...*, ob. cit., *passim*, y J. M. DUFFAU, *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé*, París, 1975.

cívicos y libertades públicas; nacionalidad, estado y capacidad, regímenes matrimoniales y sucesiones; determinación de los crímenes y delitos y sus penas, procedimiento penal, estatuto de los magistrados; tasas e impuestos; régimen electoral; establecimientos públicos; funcionarios estatales; y nacionalización de empresas. En este grupo de materias sólo tienen cabida los reglamentos ejecutivos, dictados para la aplicación de la ley, que pueden completar ésta sin alejarse de su tenor literal (*secundum legem*) (29). En esta esfera, la potestad reglamentaria conserva su carácter tradicional como poder subordinado y residual, en el ámbito consentido por la actividad legislativa, ya que en cualquier momento el Legislador puede descender a una regulación de detalles.

b) En segundo lugar, el párrafo segundo del artículo 34 reserva al Legislador sólo la determinación de los «*principios fundamentales*» en relación con las siguientes materias: defensa nacional; administración local; enseñanza; régimen de la propiedad, derechos reales y obligaciones civiles; derecho laboral, derecho sindical y seguridad social. Todo lo que no sean principios fundamentales constituye una esfera propia del poder reglamentario, que no viene condicionada, al menos teóricamente, por la voluntad del Legislador, pues ésta no puede ir más lejos de la formulación de principios. De ahí que la doctrina hable de «*materias semilegislativas*», de «*materias mixtas*» o de «*poder reglamentario semiautónomo*».

No obstante, la jurisprudencia va a relativizar la distinción entre estas dos categorías de reserva de ley (reglas/principios fundamentales), de forma progresiva, hasta llegar a su práctica desvirtuación. Es así que, en un primer momento, el Consejo Constitucional hizo una interpretación restrictiva del concepto «*fijación de las reglas*», no por referencia a todas las reglas, sino sólo a las «*reglas básicas o esenciales*» (Decisión del Consejo Constitucional de 27 de noviembre de 1959), dejando abierta una puerta bastante amplia en favor del reglamento (30). De esta forma, se entiende, por ejemplo, que cuando una ley (pre o postconstitucional) somete el ejercicio de una determinada actividad al régimen de autorización administrativa previa, el Ejecutivo puede establecer las condiciones de la reglamentación de esa actividad e imponer otras restricciones del mismo orden con tal de que no modifique la fisonomía del régimen jurídico diseñado por el Legislador (31). Pero

(29) J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire...*, ob. cit., págs. 172-174. El resultado es que el reglamento ejecutivo no puede ser fiscalizado en relación con la Constitución, sino sólo con la ley que ejecuta. Es lo que se denomina teoría de la *loi-écran* (ley pantalla): cuando en virtud de un reglamento dictado en ejecución de una ley se desconocen las disposiciones constitucionales que definen las materias legislativas, no procede atacar la inconstitucionalidad del decreto, sino de la ley que ha permitido su aprobación. Esto se justifica en que la ley hace de «pantalla» entre la Constitución y el decreto (más ampliamente, J. TREMEAU, *La réserve de loi...*, ob. cit., págs. 354-364).

(30) F. DREYFUS y F. D'ARCY, *Les institutions politiques et administratives de la France*, París, 1989, pág. 89.

(31) *Arrêt* del Consejo de Estado de 19 de junio de 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre*, «AJDA», 1964, pág. 438. El Consejo Constitucional pretendió limitar esta posibilidad únicamente con relación a la legislación preconstitucional (Decisiones de 27 de noviembre



será a partir de 1962 cuando el Consejo Constitucional, primero, y el Consejo de Estado, después, rectificquen definitivamente esta línea doctrinal, en favor de una lectura o tratamiento único del artículo 34, en función del «*carácter déterminante*» de la materia a regular (como veremos más adelante) (32).

Por lo que se refiere a la titularidad de esta potestad reglamentaria, cabe señalar que el poder de dictar tales reglamentos ejecutivos o de aplicación de la ley se inserta dentro de la obligación de «*asegurar la ejecución de las leyes*» que el artículo 21 de la Constitución de 1958 confía al Primer Ministro, bajo reserva de lo previsto en el artículo 13, es decir, que el proyecto de reglamento sea deliberado en Consejo de Ministros (33). Por lo tanto, siguiendo la tradición constitucional, el Presidente de la República (Jefe del Estado) y el Primer Ministro (Jefe del Gobierno) están habilitados para adoptar «*espontáneamente*» las disposiciones reglamentarias (*décrets réglementaires*) necesarias para la aplicación de la ley, aun cuando ésta nada diga (34). En ambos casos, el ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva no necesita de habilitación legal específica, al estar atribuida directamente por la Constitución (arts. 13 y 21 de la Constitución). Por consiguiente, tanto el Jefe del Estado como el Jefe del Gobierno son titulares de una potestad reglamentaria ejecutiva originaria, atribuida por habilitación constitucional, que pueden ejercer por su propia iniciativa.

Por el contrario, no es éste el caso de los ministros, que carecen de poder reglamentario originario y, por lo tanto, únicamente pueden aprobar reglamentos generales previa habilitación de una ley o un decreto del Pri-

---

de 1959, 8 de julio de 1960, 8 de septiembre de 1961; también el *arrêt* del Consejo de Estado de 28 de octubre de 1960, *Martial de Laboulaye*); sin embargo, decisiones posteriores del Consejo de Estado siguen aplicando esta doctrina a leyes postconstitucionales (ej., *arrêt* de 10 de febrero de 1964, *chambres syndicales*). Un planteamiento general puede verse en A. DE LAUBADÈRE, *Droit public économique*, París, 1976, pág. 261, y en F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, París, 1973, pág. 137.

(32) Aun así, en materia económica se generaliza el recurso a las denominadas «*leyes de orientación*», que establecen sólo las líneas generales de la regulación, permitiendo una amplia actuación del poder reglamentario complementario. Es el caso, por ejemplo, de las leyes de orientación en materia agrícola, enseñanza superior, comercio y artesanía, financiera, etc. (véase MESNARD, *La notion de loi d'orientation sous la V République*, en «*Revue de droit publique*», 1977, págs. 1139 y ss.).

(33) Sobre las distintas formas que pueden revestir los *décrets réglementaires*, véase J. MASSOT, «*Les catégories de décrets réglementaires: critère matériel et critère formel*», en *Homenaje a Pierre AVRIL*, 2001, pág. 364. La separación de las competencias reglamentarias del Presidente de la República y del Primer Ministro, en R. CHAPUS, *Droit administratif*, ob. cit., 15.ª ed., 2001, págs. 652-658.

(34) *Arrêt* del Consejo de Estado de 26 de febrero de 1954, *Département de la Guadeloupe*. Hasta 1980 existían también los *règlements d'administration publique* (RAP), a los que nos hemos referidos más atrás. Pero la ampliación de las competencias reglamentarias que introduce el artículo 37 de la Constitución de 1958, de un lado, y la reorganización del Consejo de Estado, de otro, trajeron consigo la desaparición de esta categoría específica de reglamentos. Es así que a partir de las Leyes de 7 y 21 de julio de 1980 todo reenvío a un reglamento de administración pública o a un decreto en forma de reglamento de administración pública es reemplazado por un reenvío a un decreto del Consejo de Estado (vid. Decisión 2000-434 del Consejo Constitucional, de 20 de julio de 2000, *Loi relative à la chasse*; en la doctrina, J. M. DUFFAU, *Grandeur e décadence du règlement d'administration publique*, en «*Actualité juridique de droit administratif*», 1980).

mer Ministro (*pouvoir réglementaire délégué*) (35). Ello no obstante, en alguna ocasión, el Consejo de Estado ha admitido la habilitación implícita de la potestad reglamentaria, cuando tanto su necesidad como sus límites derivan de la ley o del decreto de manera suficientemente clara y precisa (*arrêt* de 6 de noviembre de 1964, *réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles*).

Por lo demás, el Consejo Constitucional reconoce también una potestad reglamentaria delegada a las *autoridades administrativas independientes*, si bien establece unos límites tendentes a evitar un uso abusivo. A primera vista, una potestad reglamentaria de esta naturaleza podría ser considerada contraria al artículo 21 de la Constitución. Sin embargo, en determinadas materias, la intervención de las autoridades independientes puede resultar positiva, no sólo por el carácter especializado de la materia a regular, sino también ante la necesidad de su despolitización. Es así que el Consejo Constitucional admite que, en ciertos ámbitos (que pueden afectar, incluso, al ejercicio de una libertad pública), el Legislador pueda confiar a una autoridad independiente la regulación de determinadas materias delimitadas tanto en su ámbito objetivo de aplicación como en su contenido material.

Así lo sostiene la Decisión del Consejo Constitucional de 17 de enero de 1989 (Déc. 88-248), *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, en la que, de forma expresa, se afirma que el artículo 21 de la Constitución confiere al Primer Ministro (bajo reserva del poder reconocido al Presidente de la República) el ejercicio del poder reglamentario estatal; lo que no impide que el Legislador confíe a una autoridad del Estado diferente la tarea de adoptar las normas que permitan la ejecución (*mettre en oeuvre*) de una ley, «*c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu*». No obstante, el Consejo Constitucional considera que la amplia habilitación legal al Consejo Superior del Audiovisual para fijar por vía reglamentaria no sólo las reglas deontológicas concernientes a la publicidad, sino también el conjunto de reglas relativas a la comunicación institucional y prácticas análogas, infringe el artículo 21 de la Constitución (36).

---

(35) *Arrêt* del Consejo de Estado de 7 de julio de 1978, *Jouquères d'Oriola* (en la doctrina, C. WIENER, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, París, 1970, en particular págs. 127 y ss). Sobre la potestad reglamentaria de los prefectos, *arrêt* del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1995, *Assoc. départ. des pupilles de l'ens. public du Gard*. Y sobre las autoridades locales descentralizadas, *arrêt* del Consejo de Estado de 5 de octubre de 1988, *Comm. de Lonjumeau* (en la doctrina, B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, París, 1998).

(36) En el mismo sentido, Decisión del Consejo Constitucional de 23 de julio de 1996, *Réglementation des télécommunications* (sobre las autoridades independientes puede consultarse el *Rapport Public* del Consejo de Estado de 2001, en «*Etudes et Documents du Conseil d'État*», núm. 52, págs. 257 y ss.). De otro lado, también se les reconoce potestad reglamentaria a las personas jurídico-privadas encargadas de una misión de servicio público (Decisiones del Consejo Constitucional de 15 de enero de 1968, *Air-France c. Époux Barbier*; 22 de abril de 1974, *Blanchet*; y 16 de noviembre de 1990, *Société anonyme La Cinq*).

## 1.2. *Materias reglamentarias: reglamentos autónomos.*

En contrapartida a lo previsto en el artículo 34, el artículo 37 de la Constitución de 1958 consagra definitivamente una reserva reglamentaria en todas las materias que no corresponda regular al Legislador: «*Las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario*». Se concibe, de este modo, un reglamento *autónomo*, de naturaleza jurídica, únicamente limitado por la Constitución, las reglas jurisprudenciales y los principios generales del Derecho (37). Pero el alcance del artículo 37 es más profundo, hasta el punto de que una ley —ya preconstitucional, ya postconstitucional— que regule una materia reservada al reglamento puede ser modificada por decreto. En estos casos puede hablarse de «*deslegalización*»; pero ésta ya no opera en bloque (como veíamos respecto a la Ley de 1948), sino que se trata de una potencial deslegalización, caso por caso, previo dictamen del Consejo de Estado que aprecie su naturaleza materialmente reglamentaria (38). Esto no ha evitado un juicio fuertemente crítico por un sector de la doctrina, que lo ha calificado como «*antinomique à la démocratie*».

La reserva reglamentaria se presenta, pues, como una técnica apropiada para evitar una vuelta a la concepción formal de la ley a través de la denominada reserva por «*determinación de la ley*». Para proteger este ámbito reglamentario, el artículo 41 de la Constitución permite al Gobierno oponer la inadmisibilidad (*irrecevabilité*) a cualquier proposición de ley o enmienda aparecida en el curso del procedimiento legislativo en materia que no sea del ámbito de ley. Pero esta posibilidad es sólo una facultad y no una obligación, lo que quiere decir que el Gobierno puede tener razones técnicas o políticas para dejar al Parlamento pronunciarse en materia reglamentaria, sin que dicha ley sea tachada de inconstitucionalidad (sin perjuicio de que posteriormente puedan ser deslegalizadas); lo que justifica la escasa utilización de este recurso (39). Por lo demás, esta potestad reglamentaria autónoma general debe diferenciarse de otras dos figuras afines:

(37) *Arrêts* del Consejo de Estado de 12 de febrero de 1960, *Sté. Eky*, y de 26 de junio de 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*. La sumisión de los reglamentos a los principios generales del Derecho abre un debate en la doctrina francesa sobre la naturaleza constitucional o legal de tales principios, que se inclina en favor de la primera (véanse M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, en «*Revue de droit public*», 1959, págs. 629 y ss.; R. CHAPUS, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, en «*Rec. Dalloz*», 1960, págs. 119 y ss., y del mismo autor, *De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif*, en «*Rec. Dalloz*», 1996, págs. 99 y ss.).

(38) Véase L. FAVOREU, «*La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil Constitutionnel*», en *Libro Homenaje a Marcel WALINE. Le juge et le droit public*, T. II, París, 1974, págs. 429-450.

(39) Decisión del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, *blocage des prix et des revenus*; confirmada en otras Decisiones posteriores de 17 de julio de 1983, *démocratisation du secteur public*; de 17 de julio de 1984, *contrôle des établissements*; y de 8 de noviembre de 1995, *règlement de l'Assemblée nationale*. Sobre este precepto puede consultarse E. OLIVA, *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958, Initiative législative et constitution*, París, 1997.

De una parte, del poder reglamentario interno que corresponde a los ministros para ordenar la organización y funcionamiento de los servicios administrativos encomendados a su autoridad, que se materializa a través de instrucciones o circulares de servicio (*règlement organiques* en forma de *arrêts* o de *circulaires réglementaires*). En efecto, pese a carecer de poder reglamentario originario, el Consejo de Estado reconoce a los ministros una competencia reglamentaria interna para dictar reglamentos orgánicos (no meramente interpretativos) (40) sin necesidad de habilitación legal —o reglamentaria—, vinculados al buen funcionamiento y a la buena organización del servicio que les ha sido confiado.

Y, de otra parte, del poder reglamentario de policía reconocido por la jurisprudencia francesa en favor del Primer Ministro (*règlement de police*). A tales efectos, tanto el Consejo Constitucional como el Consejo de Estado reconocen que el artículo 34 de la Constitución no ha retirado al Jefe del Gobierno las atribuciones de policía general que le había reconocido el *arrêt Labonne*, de 8 de agosto de 1919, en virtud de sus poderes propios y al margen de toda habilitación legislativa (41). En este sentido, señala CHAPUS que estos reglamentos de policía no pueden estar incluidos en ninguna de las dos categorías de reglamentos previstos en los artículos 21 y 37 de la Constitución: «no puede tratarse evidentemente de reglamentos de ejecución de las leyes. No puede tratarse tampoco de reglamentos del artículo 37, ya que estos reglamentos (más aún que los del art. 21) están sometidos al respeto de las materias legislativas. Si el artículo 37 fuera la fuente del poder reglamentario de policía del Primer Ministro, este poder estaría inevitablemente limitado por la disposición constitucional mencionada por el Consejo de Estado (esto es, el art. 34, garantizador de la reserva de ley), y que presenta precisamente como excluida de toda incidencia posible sobre el poder de policía del Primer Ministro» (42).

---

(40) Esta matización es importante porque la doctrina francesa niega naturaleza reglamentaria a las circulares, instrucciones y medidas internas que dicten las autoridades administrativas en el ejercicio de su poder jerárquico con carácter meramente interpretativo, por cuanto carecen de contenido normativo (sobre este particular, véanse M. HEQUARD-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, París, 1977, págs. 33-38; y, en nuestra doctrina, ORTIZ DÍAZ, *Las Circulares, Instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso de exceso de poder en la jurisdicción del Consejo de Estado francés*, en el núm. 24 de esta REVISTA, 1957, págs. 335-355). El Consejo de Estado hace extensible la potestad de dictar reglamentos orgánicos de servicio público a todos los jefes de servicios, a quienes corresponde «adoptar las medidas necesarias al buen funcionamiento de la administración situada bajo su autoridad» (*Arrêts* de 7 de febrero de 1936, *Jamart*; 6 de octubre de 1961, *Union nationale des parents d'élèves de l'enseignement libre*; 8 de enero de 1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*; 28 de julio de 1999, *Synd. des psychiatres des hôpitaux*; y 8 de diciembre de 2000, *Frerot*).

(41) Decisiones del Consejo Constitucional de 20 de febrero de 1987, *Code rural*; y de 20 de julio de 2000, *Loi relative à la chasse*. En idéntico sentido, *arrêts* del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1960, *SARL Restaurant Nicolas*; 17 de febrero de 1978, *Assoc. dite Comité pour léguer l'esprit de la Résistance*; y 22 de enero de 1982, *Assoc. autodéfense*, entre otros (vid. *supra*, nota 32).

(42) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15.ª ed., 2001, págs. 676-677, y también, J. M. FORGES, *Droit administratif*, 6.ª ed., París, 2002, págs. 37 y 40.

### 1.3. *Las ordenanzas del artículo 38 de la Constitución.*

Otra novedad a resaltar es que el artículo 38 constitucionaliza de nuevo la práctica excepcional de las «*lois de plenos poderes*», autorizando al Parlamento para delegar temporalmente en el Gobierno la adopción, mediante *ordonnances* (antes decretos-leyes), de las medidas necesarias para la ejecución de su programa que pertenezcan normalmente al ámbito de la ley. En este caso, la ley de habilitación deberá determinar la duración y objeto de la habilitación y el plazo de ratificación por el Parlamento. Esta nueva habilitación legislativa presenta los siguientes caracteres (43):

1.º Abre a la actuación del Gobierno materias que pertenecen a la esfera legislativa, principalmente de contenido económico y penal. Por lo general, esta técnica responde, principalmente, a tres tipos de circunstancias: a la celeridad, al escaso respaldo legislativo o a la impopularidad de las medidas a adoptar.

2.º Tienen naturaleza reglamentaria y, por consiguiente, serán susceptibles de recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado, hasta su ratificación por el Parlamento (momento en el que adquieren valor de ley) (44). De ahí que un sector de la doctrina siga manteniendo —de acuerdo con los postulados tradicionales— que las ordenanzas se adoptan en virtud de una «*ampliación de la competencia reglamentaria*» y no en virtud de una delegación de la competencia legislativa.

3.º Lo que lo diferencia con la técnica de los *décrets-lois* es que, durante el periodo de habilitación, el régimen de modificación de las *ordonnances* estará cubierto por la garantía del artículo 41 de la Constitución, que, como sabemos, autoriza al Gobierno a oponer la inadmisibilidad de toda proposición o enmienda contraria a una habilitación acordada en virtud del artículo 38 (si bien ello no impide que el Gobierno no haga uso de esta garantía y que, por lo tanto, la ordenanza pueda ser modificada por ley).

4.º La aprobación de una ordenanza no conoce otro límite material que el definido en la propia ley habilitante, debiendo respetar —eso sí— las materias reservadas a la ley orgánica (Decisión del Consejo Constitu-

---

(43) Sobre este precepto pueden consultarse: C. BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du octobre 1958*, Aix, 1996; P. EBRARD, *L'article 38 de la Constitution de 1958*, en «*Revue de droit public*», 1969, págs. 259 y ss.; MESNARD, *Ordonnances, lois d'orientation ou loi-cadre?*, en «*Revue de droit public*», 1982, págs. 1073 y ss.; de fecha más reciente, G. BURDEAU, F. HAMON y M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 26.ª ed., París, 1999, págs. 621-625.

(44) *Arrêts* del Consejo de Estado de 3 de noviembre de 1961, *Damiani*, y de 24 de noviembre de 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*. La responsabilidad última de estas ordenanzas es del Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, lo que justifica que, en 1986, éste haya rechazado la firma de tres proyectos de ordenanzas que fueron presentados por el Primer Ministro (vid. Ch. DEBASCH, J. M. PONTIER, J. BOURDON y J.-Cl. RICCI, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4.ª ed., París, 2001, págs. 732-734).

cional 134/1982). En un primer momento, esta habilitación solía hacerse en términos amplios y venir referida, más que a una materia concreta, a un objetivo a alcanzar (45). Sin embargo, el Consejo Constitucional refuerza considerablemente el control sobre las leyes de habilitación (Decisiones de 12 de enero de 1977, 25-26 de junio de 1986 y 30 de diciembre de 1995), hasta el punto de que se afirma que el procedimiento de delegación del Ordenamiento francés se ha convertido en uno de los procedimientos de delegación más restrictivos del conjunto de ordenamientos jurídicos europeos (46).

## 2. *Los parámetros constitucionales de la relación ley-reglamento*

De acuerdo con lo expuesto, bajo el mandato de la Constitución de 1958, la relación ley-reglamento va a quedar definida por las siguientes notas características:

a) La ley pierde su carácter ilimitado, desvalorizándose en favor del reglamento. El reglamento pasa a ser la regla, en tanto que la ley es la excepción. En consecuencia, se afirma que el Ejecutivo detenta la «*competencia normativa de Derecho común*», mientras que la potestad legislativa queda reducida a una simple «*potestad de atribución*», desde luego no soberana y sujeta al control previo de constitucionalidad.

b) El poder normativo del Ejecutivo no se reduce al concepto tradicional de ejecución de las leyes, entendido como la facultad para aplicar o completar la legislación aprobada en el marco de las materias reservadas a la ley en el artículo 34 de la Constitución. La ejecución de las leyes no es más que una de las atribuciones del Poder Ejecutivo que dimanar de la fórmula general del artículo 20 de la Constitución: «*el Gobierno determina y conduce la política de la Nación*». Radicando en esta fórmula el fundamento de un poder reglamentario autónomo o independiente de la ley.

c) La relación ley-reglamento, y con ella todo el sistema de fuentes, no parece regirse ya por simples criterios jerárquicos, sino que lo hace fundamentalmente sobre el principio de competencia. En este sentido, se concluye que la relación de la ley y del reglamento ha dejado de ser una relación de subordinación para convertirse en una relación de yuxtaposición,

(45) De este tipo fueron, por ejemplo, las Leyes de 4 de febrero de 1960, que autorizó al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento del orden, la salvaguardia del Estado y de la Constitución, la pacificación y la administración de Argelia; y de 30 de julio de 1960, para la lucha contra el alcoholismo, la prostitución y la homosexualidad.

(46) Esto lleva a la doctrina a comparar las ordenanzas con los desaparecidos «*reglamentos de administración pública*» —L. FAVOREU, *Ordonnances ou règlements d'administration publique? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution)*, en «*Revue française de droit administratif*», 3 (5), 1987, en particular págs. 691-693—. Los datos revelan un uso moderado del artículo 38 de la Constitución: después de cuarenta años, el número de ordenanzas aprobadas no llega a dos centenares. Menor consideración merece el artículo 16 de la Constitución, que permite al Presidente de la República reunir en sus manos todos los poderes públicos constitucionales con el fin de hacer frente a las circunstancias excepcionales creadas por una situación de crisis institucional grave.

de forma que «*las disposiciones legales y las disposiciones reglamentarias autónomas ocupan un mismo escalón en la jerarquía de las normas jurídicas*» (47).

Como consecuencia de lo expuesto, se puede afirmar que, al menos desde un punto de vista teórico, en la Constitución de 1958 el principio de legalidad administrativa aparece relativizado en su tradicional doble vertiente. De un lado, el principio de «*precedencia de la ley*» deja de constituir una regla absoluta, al admitirse la posibilidad de reglamentos independientes, que pueden afectar a la propia esfera de relación de supremacía general; y, de otro lado, el principio de «*supremacía absoluta de la ley*» también entra en crisis, desde el momento en que se admite su eventual derogación por medio de ordenanzas administrativas (decretos-leyes). Este sistema ha sido descrito, muy gráficamente, por DARCY como «*le règne du règlement corollaire d'une loi cadennassée*» (48).

A la luz de todas estas consideraciones, los primeros comentaristas de la Constitución de 1958 —tomando como presupuesto de partida la tesis de HAURIUO— sostienen una concepción amplia del principio de legalidad administrativa, entendida como «*la conformidad de la Administración al Derecho*»; expresión ésta, la de «*Derecho*», mucho más amplia que la de ley, por cuanto implica todas las reglas de Derecho, escritas o no, y no sólo las disposiciones legislativas. En este esquema, el principio de legalidad comprende no sólo la primacía y la reserva de ley, sino también lo que la doctrina conoce como «*principio de juricidad de la Administración*». Expresivas son las palabras de VEDEL, quien, consciente de la dificultad de sostener un concepto de legalidad tan impreciso, resalta la dificultad de reemplazarlo: «*los términos "principio de juricidad" o "principio de sumisión de la Administración al Derecho" —afirma— son bárbaros y perifrásticos. El término de "legalidad" entendido en su sentido más amplio tiene a su favor la antigüedad y basta, al emplearlo, saber de qué se habla*» (49).

El principio de legalidad administrativa así entendido no sólo impone una limitación a la Administración en todas sus acciones positivas, al exigir en su actuación el respeto de las reglas de Derecho que conforman la legalidad, sino que, en determinados casos, implica asimismo la obligación de obrar. Así sucede, por ejemplo, en materia de policía, en la que el Consejo de Estado estima obligatoria, aun en ausencia de prescripciones legales precisas, la actuación de la autoridad de policía para adoptar las medidas indispensables para hacer cesar un peligro grave al orden, a

(47) J.-L. PEZANT, «*Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958*», en *Libro Homenaje a G. BURDEAU. Le Pouvoir*, París, 1977, pág. 464, nota 33. No obstante, el criterio jerárquico, junto al cronológico, siguen siendo de efectiva aplicación a los reglamentos infragubernamentales y a los ejecutivos.

(48) G. DARCY, «*La loi et le règlement*», texto de la conferencia impartida en el *Seminario de Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos, en noviembre de 2001, bajo la dirección del profesor GALLEGO ANABITARTE, pág. 7.

(49) G. VEDEL, *Derecho administrativo*, ob. cit., pág. 219. Una crítica, desde la doctrina española, es la que realiza A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento...*, ob. cit., T. I, págs. 64-67.

la seguridad y a la salubridad pública (50). En este último caso, la Administración estará vinculada a sus propias normas, a los principios generales y a la jurisprudencia, pero no podrá estarlo a la ley, por no existir ésta. Todo ello pone de manifiesto una peligrosa pérdida del significado político del principio de legalidad en sus dos grandes manifestaciones: la prohibición a la Administración de violar las leyes y la exigencia de fundamento legal para cada una de las actuaciones administrativas (al menos las tuitivas o limitativas de la libertad), que no tardará en motivar la reacción de la doctrina.

#### V. LA REVISIÓN DOCTRINAL DE LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES: EL MITO DE LA RESERVA REGLAMENTARIA

##### 1. *El carácter ilimitado de la ley y la unidad del poder reglamentario*

Sucede, sin embargo, que la realidad era muy distinta a la lectura constitucional del principio de legalidad que se acaba de exponer. Por este motivo, a finales de los años setenta empiezan a surgir diversas voces discordantes con esta concepción de la legalidad (cuyo principal exponente va a ser FAVOREU), al comprobar que el orden doctrinal expuesto más arriba no viene corroborado por la práctica normativa (51). Al propio tiempo, se aprecia también una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado que contribuye a poner en crisis la concepción inicial del principio de legalidad elaborado tras la Constitución de 1958. En efecto, en los últimos años se experimenta una considerable extensión del ámbito de la ley, que goza de un «*carácter atractivo*» que le lleva a cubrir la mayor parte de las materias, incluso aquellas inicialmente reservadas al reglamento, sin que ello determine su

(50) *Arrêt* del Consejo de Estado de 23 de octubre de 1959, *Doublet*. Esta misma obligación de obrar se exige también respecto de la ejecución de las leyes y reglamentos, así como de la ejecución de las decisiones judiciales (A. DE LAUBADÈRE, J.-Cl. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité...*, ob. cit., T. I, págs. 564-565). Ahora bien, estas medidas de policía, si bien pueden limitar las libertades individuales, no pueden suprimirlas, sometiéndolas a autorización administrativa, sin una ley previa habilitante (*arrêt* del Consejo de Estado de 8 de diciembre de 1948, *Syndicat général des patrons laitiers de la ville de Lyon*; véase F. DREYFUS, *La liberté du commerce...*, ob. cit., págs. 66-67).

(51) L. FAVOREU, «Les règlements autonomes existent-ils?», en el *Libro Homenaje a G. BURDEAU, Le Pouvoir*, ob. cit., págs. 405-420; del mismo autor, *Les règlements autonomes n'existent pas*, en «Revue française de droit administratif», 3 (6), 1987, págs. 871 y ss.; *Ordonnances...*, loc. cit., págs. 686-699, y «Le fonti normative secondarie nell'ordinamento francese», en *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, dirigido por P. CARETTI y U. DE SIERVO, Bologna, 1991, págs. 31-46. La opinión de otros autores que se incorporan a esta corriente está recogida en el coloquio organizado por la Universidad d'Aix Marseille en diciembre de 1977 y que tiene por título *Veinte años de la aplicación de la Constitución de 1958: el ámbito de la ley y del reglamento*, publicado en 1978. A ella se suman, también, F. LUCHAIRE, *Les sources des compétences législatives et réglementaires*, en «Actualité juridique de droit administratif», núm. 6, 1979, págs. 3 y ss.; N. POULET-GIBOT LECLERC, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, Limoges, 1990, y J. TREMEAU, *La réserve de loi. Compétence législative et constitution*, París, 1997, págs. 207 y ss.



inconstitucionalidad (52). En su confrontación con el reglamento, la ley recupera el ámbito que le era propio con anterioridad a la Constitución de 1958; lo que permite sostener que, en la actualidad, la relación entre la ley y el reglamento no ha cambiado sustancialmente respecto a como era en la tradición jurídica francesa. Por este motivo, rápidamente la doctrina cambia el discurso inicial y se apresura a destacar que «*la revolución que, apresuradamente, se predicó iban a suponer los artículos 34 y 37 de la Constitución de 1958, no ha llegado a ser tal*» (53).

Esta afirmación encuentra un primer apoyo en la jurisprudencia del Consejo Constitucional y, más tarde, en la del Consejo de Estado. En un primer momento, ambos órganos mantienen una clara divergencia con respecto al régimen contencioso de los reglamentos: mientras que el Consejo de Estado distingue entre reglamentos del artículo 21 (reglamentos ejecutivos) y reglamentos del artículo 37 (reglamentos autónomos), controlados los primeros únicamente en relación con la ley y los segundos en relación a la Constitución; por el contrario, el Consejo Constitucional considera que todos los reglamentos se fundamentan en el artículo 37 y que su regularidad debe ser apreciada, en todo caso, en relación con la Constitución. Sin embargo, a partir de 1962, una constante jurisprudencia del Consejo de Estado asegura un control de la conformidad de los reglamentos no sólo en relación a las leyes, sino también a la Constitución, invocando el artículo 37 de la Constitución para fundamentar la competencia del poder reglamentario en materia de aplicación de leyes. En virtud de esta jurisprudencia, la doctrina proclama la «*unidad del poder reglamentario*»; poder que se ejerce en virtud de los artículos 21 y 37 de la Constitución para completar la ley, cualquiera que sea su ámbito de intervención: el artículo 37 será el fundamento único del poder reglamentario y el artículo 21 sólo determinará el titular de este poder. A partir de este primer presupuesto, las innovaciones que se introducen son de gran trascendencia:

En primer lugar, la reserva de ley no viene exclusivamente delimitada por la lista de materias del artículo 34, sino que también están reservados a la ley los derechos y libertades proclamados en el propio Preámbulo de la Constitución: la libertad individual, de opinión, de expresión y de prensa; el derecho de propiedad; y la igualdad de derechos entre hombres y

(52) Como vimos más atrás, la Decisión del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, *blocage des prix et de revenus*, precisó que la intervención del Poder Legislativo en el ámbito reglamentario no supone necesariamente su inconstitucionalidad; por lo que el ámbito material reservado a la ley en el artículo 34 de la Constitución queda configurado como un *minimis non curat praetor* (véase *supra*, nota 39). A este respecto, FAVOREU denuncia que, lejos de ser rebasada o disminuida, la función legislativa del Parlamento no ha sido nunca tan importante, produciéndose un «calentamiento» de la máquina legislativa que no puede absorber más la creciente masa de materias que le son reservadas (L. FAVOREU, *Ordonnances...*, loc. cit., pág. 699). La superproducción normativa es objeto de especial atención en el *Rapport Public* del Consejo de Estado de junio de 1991, publicado en «*Etudes et Documents du Conseil d'État*», núm. 43, págs. 15-23.

(53) J. RIVERO, «*Rapport de synthèse*», en *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958...*, ob. cit., pág. 262; R. CHAPUS, *Droit administratif*, ob. cit., ed. 1990, págs. 68-69; L. FAVOREU, «*Les règlements autonomes n'existent pas*», loc. cit., pág. 878, y «*Le fonti normative secondarie...*», loc. cit., pág. 32.

mujeres y el derecho de huelga; además de otras materias recogidas en otros preceptos constitucionales (54).

En segundo lugar, el reglamento no tiene un ámbito reservado porque, poco a poco, la ley ha intervenido en su ámbito de competencia, al amparo de la Decisión del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, *blocage des prix et des revenus*, a la que nos hemos referido más atrás; derrumbando definitivamente el concepto material de ley que parece derivarse de la Constitución (55). Sucede así que, de forma reiterada, el Parlamento ha violado el ámbito de la reserva reglamentaria con el asentimiento del Consejo Constitucional, sin que los procedimientos constitucionales previstos para impedir esta violación hayan sido eficaces (56).

Y, en tercer lugar, los reglamentos deben respetar la ley, bajo riesgo de ser declarados inválidos; encontrándose unificado el régimen contencioso de los mismos. De esta forma, se derrumban dos construcciones teóricas hasta entonces generalizadas en la doctrina: de un lado, la regla del «*efecto pantalla*» para los «*reglamentos de aplicación*» y, de otro lado, la creencia de que los «*reglamentos autónomos*» no se encuentran sujetos a la ley porque no existe ley en el ámbito reglamentario. De ello resulta el restablecimiento de los principios de jerarquía y de supremacía de la ley y la atribución nuevamente de la competencia normativa de Derecho común al Parlamento. La Ley —se afirma— se define hoy en día a partir de criterios

---

(54) Véanse R. CHAPUS, *Droit administratif général*, ob. cit., 15.ª ed., 2001, págs. 33 y 42; Ch. DEBBASCH, *Droit administratif*, 6.ª ed., París, 2002, págs. 93-102; FAVOREU (coord.), *Droit constitutionnel*, 5.ª ed., París, 2002, págs. 172-173 y 682-685, y Y. MENY, *El proceso legislativo en Francia*, en «*Revista Española de Derecho Constitucional*», núm. 16, 1986, págs. 156-158. Estos derechos y libertades tienen idéntico valor de reglas de Derecho positivo que si estuvieran consagrados en el cuerpo de la Constitución (*arrêt* del Consejo de Estado de 12 de febrero de 1960, *Sté. Eky*, y Decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, *sobre investidura del Presidente del Senado*; esta última puede consultarse en «*Actualité juridique de droit administratif*», 1971, 537, nota de RIVERO).

(55) Hay que destacar, no obstante, que la doctrina no abandonó totalmente el criterio formal de diferenciación entre ley-reglamento. La ley, como acto inimpugnable que gozaba de la autoridad de «cosa legislada», seguía siendo «soberana», imponiéndose al juez y a la autoridad administrativa; los reglamentos —incluidos los autónomos— eran una «especie de acto administrativo», y como todo acto administrativo no eran susceptibles de adquirir autoridad de «cosa legislada», sino únicamente la de «cosa juzgada», cuyo control de legalidad viene deferido al Consejo de Estado (véanse G. VEDEL, *Derecho administrativo*, ob. cit., págs. 30-33; J.-J. PEZANT, «*Contribution à l'étude du pouvoir législatif...*», *loc. cit.*, págs. 462-466). Una crítica a esta unidad de naturaleza del poder reglamentario como «acto administrativo» la encontramos en F.-P. BENOIT, *El Derecho administrativo francés*, trad. esp. de la ed. francesa de 1967 por R. GIL CREMADES, IEA, Madrid, 1977, págs. 644-658.

(56) Apunta FAVOREU que el procedimiento de inadmisibilidad previsto en el artículo 41 de la Constitución ha caído en desuso, prácticamente, desde los años setenta; el procedimiento previsto en el artículo 61, párrafo segundo (control de constitucionalidad de la ley), es inaplicable desde la Sentencia del Consejo Constitucional de 30 de julio de 1982, que no invalida de inconstitucionalidad la ley que invade materia reglamentaria; y, por último, el procedimiento de deslegalización del artículo 37, párrafo segundo, no opera sino en materia muy limitada y sólo ha supuesto una modesta recuperación de materias reglamentarias. En consecuencia, concluye que el criterio material de ley deja de ser inoperante (L. FAVOREU, «*Le fonti normative secondarie...*», *loc. cit.*, pág. 35).

exclusivamente orgánicos y formales (no por su ámbito material, como parece desprenderse del art. 34 de la Constitución) (57).

2. *Un nuevo reparto de las competencias normativas: aplicación del principio de reserva de ley*

Estas nuevas aportaciones traen consigo una revisión de las posiciones doctrinales en torno a la relación ley-reglamento, que tiene como pautas tres líneas fundamentales:

En primer lugar, el reparto de competencias normativas entre el Legislador y el Ejecutivo se efectúa de forma vertical, en relación a la importancia de la cuestión tratada, atendiendo al criterio «*mise en cause-mise en oeuvre*». En consecuencia, corresponde a la ley hacer una regulación detallada y amplia de la materia y al reglamento la normación de desarrollo. De este modo, el reconocimiento del carácter reglamentario de la materia a regular responde a una calificación determinada por la naturaleza secundaria o subsidiaria de la cuestión tratada (58). En otras palabras, se puede decir que entre la ley y el reglamento rige una relación de principal-accesorio: corresponde a la ley regular lo sustancial o principal y al reglamento lo instrumental o complementario. Esto supone, como cabe imaginar, la pérdida de funcionalidad de los dos ámbitos reservados a la ley por el artículo 34 de la Constitución (reglas/principios fundamentales), que pasan a tener un mismo alcance en función del «*carácter determinante*» de la materia a regular (59).

(57) L. FAVOREU, «La loi», en *La continuité constitutionnelle en France de 1789 a 1989*, París, 1990, págs. 79 y ss.; FAVOREU (coord.), *Droit constitutionnel*, ob. cit., pág. 169, y P. PACTET, «La loi, permanence et changement», en *Homenaje a René CHAPUS*, París, 1992.

(58) Tres son las consideraciones iniciales a tener en cuenta en relación con esta posición: a) el reconocimiento de idéntica construcción en diferentes etapas de la doctrina francesa (PORTALIS, MOREAU, DUFOUR, BERTHÉLEMY, ESMEIN, DUCROO, CARRÉ DE MALBERG); b) el uso que cierta doctrina partidaria de la concepción material de ley hace de ella, ya bajo la Constitución de 1958, para su aplicación a aquellas materias cuyos principios fundamentales se encontraban reservados a la ley por el artículo 34 (J.-C. DOUENCE, *Recherches...*, ob. cit., págs. 239-244), y c) la proximidad dogmática con la teoría alemana de la «*esencialidad*» (cuya formulación se atribuye a OPPERMANN) y con la tesis que introduce el Tribunal Constitucional español del «*complemento indispensable*» del reglamento (que acoge la doctrina más reciente: GARCÍA DE ENTERRÍA, BAÑO LEÓN, GARCÍA MACHO, etc.). Es más, esta concepción de la ley como norma principal, frente al reglamento como norma de detalle, es también una constante en la doctrina administrativa española de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX (COLMEIRO, SANTAMARÍA DE PAREDES, GUENECHEA, GARCÍA OVIEDO, ROYO VILLANOVA, entre otros).

(59) «*El dualismo del artículo 34 —señala CHAPUS— no es más que una apariencia. La realidad jurídica es su unidad*» (R. CHAPUS, *Droit administratif*, ob. cit., 15.ª ed., 2001, pág. 69). Por lo demás, la doctrina advierte, asimismo, sobre el peligro de limitar el Poder Legislativo exclusivamente a la regulación de los «principios», hasta el punto de reducir el papel de la ley a la mera declaración de intenciones, que las autoridades administrativas podrían demorar e, incluso, alterar (J. RIVERO, *Droit administratif*, ob. cit., 19.ª ed. revisada por J. WALINE, París, 2002, págs. 50-51; HANICOTTE, *Le juge face au retard des textes d'application*, en «*Revue de droit administratif*», 1986, págs. 1667 y ss.). Qué duda cabe que no es ésta la finalidad que persigue la tesis de la «*mise en cause-mise en oeuvre*», sino —todo lo contrario— un reforzamiento del Poder Legislativo, frente a la capacidad expansiva de la potes-

En segundo lugar, esta nueva concepción no persigue la eliminación conceptual de los reglamentos autónomos (al menos como punto de partida), sino la negación de la reserva reglamentaria y la interdicción de habilitaciones genéricas o en blanco en materias reservadas a la ley (que han sido prohibidas en las Decisiones del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982, *Nationalisations*, y de 17 de julio de 1983, *democratisation du secteur publique*). Por el contrario, se sigue hablando de reglamentos autónomos, pero no en el sentido de reglamentos no subordinados a la ley (inválidos, *contra legem*), sino en el más estricto de reglamentos sin cobertura legal (aceptables, *praeter legem*).

Por lo que respecta al ámbito del reglamento, no se admiten como reglamentarias más que las tradicionales materias de ejecución de las leyes, de una parte, y las de policía y organización de los servicios públicos, de otra. Ahora bien, esto no significa que tales materias queden excluidas de la ley, que no encuentra impedimento alguno para entrar a regularlas. Más bien al contrario, cada vez es mayor el número de autores que se muestran críticos con este poder reglamentario natural de policía, por cuanto constituye un cheque en blanco al Ejecutivo para limitar la esfera jurídica del particular, aun en sus libertades garantizadas constitucionalmente. Por este motivo, no falta quien defienda —incluso— la existencia de una reserva de ley en materia de policía, con el fin de limitar esta potestad reglamentaria del Jefe del Ejecutivo (60). Como consecuencia de todos estos cambios, se ha llegado a anunciar —quizá con cierta exageración— «*la mort des décrets autonomes*» (61). Lo que sí es evidente es que la obligación del Legislador de ejercer plenamente su competencia y la extensión de su ámbito de actuación relegan la potestad reglamentaria a un segundo plano, dado que cuanto más importante es la esfera de intervención del Legislador, menor margen de maniobra resta al reglamento.

Y, en tercer lugar, cabe indicar, igualmente, que tanto el reglamento ejecutivo como el autónomo son susceptibles de ser sometidos o confrontados a la ley, cualquiera que sea su ámbito material. Por consiguiente, a efectos de determinar el régimen contencioso de los reglamentos, poco im-

---

tad reglamentaria. Precisamente, para evitar un desapoderamiento de las potestades del Legislador, el Consejo Constitucional crea la teoría de la «*incompetencia negativa*»: el Legislador no debe dejar un poder discrecional a la acción del Gobierno en la aplicación de las leyes (Decisión del Consejo Constitucional 83-162, de 19 y 20 de julio de 1993). Asimismo, cabe destacar que el Consejo Constitucional ha llamado la atención sobre la posibilidad de declarar inconstitucional una ley cuando no sea fácilmente accesible o inteligible a los ciudadanos (Decisiones del Consejo Constitucional de 10 de junio de 1998, *réduction du temps de travail*; y de 16 de diciembre de 1999, *codification*).

(60) Así lo sostiene J. TREMEAU, *La réserve de loi*, ob. cit., págs. 383-389. En este sentido, se suele destacar que el Consejo Constitucional, en alguna ocasión, se ha opuesto a que el Legislador confíe libremente a otra autoridad la regulación de los derechos y libertades de los ciudadanos (Decisión del Consejo Constitucional de 23 de julio de 1975, «*Actualité juridique de droit administratif*», 1976, II, pág. 44).

(61) G. DARCY, *La loi et le règlement*, loc. cit., pág. 18. Con idéntico significado, se afirma que el carácter autónomo del poder reglamentario sólo subsiste en el hecho de que éste se pueda ejercer espontáneamente, sin necesidad de una habilitación expresa de la ley (la «*espontaneidad*» de la potestad reglamentaria es una nota constante en la doctrina francesa; véase M. HAURIOU, *Précis de droit administratif...*, ob. cit., págs. 55-69).

portará las materias en las que intervenga o si se trata de un reglamento de aplicación de la ley o de un reglamento autónomo: aquél vendrá determinado por el grado de «*encuadramiento legislativo*». A este respecto, FAVOREU propone clasificar los reglamentos, atendiendo a su mayor o menor grado de determinación legislativa, en reglamentos con mucha, con media o con poca determinación legislativa (respondiendo a la clásica distinción entre reglamentos *secundum legem*, *intra legem* y *ex legem*); mientras que los primeros serán controlados, en todo caso, en relación a la ley, los segundos lo serán en relación a la ley y a la Constitución, y los terceros en relación a la Constitución (62).

Todo ello pone de manifiesto que la separación entre el ámbito legislativo y el reglamentario no ha supuesto verdaderamente una transgresión del principio de jerarquía normativa, como se había pensado a raíz de la promulgación de la Constitución de 1958. Por lo tanto, la limitación del ámbito de la ley no tiene más que un valor relativo, pues siempre que se quiera llevar a cabo una regulación sustancial de cualquier ámbito material será necesaria la previa intervención del Legislador. En definitiva, hoy en día, podemos hablar ya del «*mito de la reserva reglamentaria*». Pero, al mismo tiempo, esta nueva lectura de la Constitución permite una reconstrucción del principio de legalidad administrativa, reconduciéndolo a su justo significado, que no es otro que el tradicional de sujeción de la Administración a la ley; quedando delimitado frente al clásico principio de juricidad, esto es, la sujeción de la Administración al Derecho, al Ordenamiento jurídico en su conjunto, tal como lo entendiera MERKL (63).

Esta nueva concepción de la legalidad permite a la doctrina francesa introducir categorías que bien pudieran merecer también el calificativo de «*revolucionarias*», como es la aplicación del *principio de reserva de ley*, como técnica jurídica que permite delimitar las competencias entre la ley y el reglamento, resaltando el carácter irreductible del Poder Legislativo. Así lo sostiene, por vez primera, TREMEAU, en un extraordinario trabajo de Derecho comparado, en el que concluye que la jurisprudencia constitucional

(62) L. FAVOREU, *Les règlements autonomes n'existent pas*, loc. cit., pág. 882. Esta categorización se asemeja a la que sostiene un sector de la doctrina española (VILLAR PALASÍ-VILLAR EZCURRA, TORNOS MÁZ, etc.), que diferencia tres niveles de reserva de ley atendiendo a la mayor o menor exigencia de regulación legal: a) reserva absoluta de ley; b) reserva relativa de ley, y c) reserva general de la libertad personal (véanse las consideraciones que hacemos sobre este tema en F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La regulación de los juegos de azar*, Madrid, 1996, págs. 92-105).

(63) Una de las primeras críticas a esta concepción amplia del principio de legalidad administrativa (defendida por LAUBADÈRE) vino de la mano de EISENMANN. Señala este autor que el principio de legalidad administrativa «*trata exclusivamente de las relaciones entre todos los actos administrativos y las leyes, de la relación entre el cuerpo entero de la Administración y el Parlamento-legislador*» (Ch. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, en «*Études et Documents du Conseil d'État*», núm. 11, 1957, págs. 25-40; también en *Cours de droit administratif*, T. I, París, 1982, págs. 458-462). La distinción entre los principios de juricidad y legalidad puede verse en MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, trad. esp. de la ed. de 1927, México, 1980, págs. 208-229. Reconducir ambos principios a sus justos términos es lo que pretende, también, el excelente trabajo de M. REBOLLO PUIG, *Juricidad, legalidad y reserva de ley como límite a la potestad reglamentaria del Gobierno*, en el núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 7-173.

debe levantar las dudas iniciales, limitando el reglamento a una simple función ejecutiva (de aplicación de la ley), sin imponer la potestad reglamentaria como un poder indefectible, puesto que la ley no sólo debe regular los aspectos importantes de la vida en sociedad, sino que —al propio tiempo— no puede evadirse de los sectores reservados (64).

A la vista de lo expuesto, podemos predecir que aún queda por recorrer un largo trayecto hasta que estos cambios terminen por implantarse definitivamente en la doctrina y jurisprudencia del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado. Sin embargo, también podemos afirmar, sin ningún género de duda, que ya se han dado los primeros pasos hacia una unificación en la interpretación del principio de legalidad en los principales ordenamientos europeos de origen continental, que puede resultar fundamental para la construcción del Derecho comunitario. Sólo resta esperar que los redactores de la nueva Constitución europea sepan aprovechar la experiencia de esta larga evolución histórica, lo que, sin duda alguna, permitirá contribuir al éxito de su cometido.

---

(64) J. TREMEAU, *La réserve de loi*, ob. cit., pág. 389. Como señala SANTAMARÍA PASTOR, la reserva de ley es, en primer lugar, una garantía de la institución parlamentaria frente al carácter expansivo de la potestad reglamentaria del Gobierno, pero también lo es de la institución parlamentaria frente a sí misma: la imposición constitucional de que determinadas cuestiones sean reguladas por ley supone que dicha regulación sea efectiva y real, impidiendo que, por razones de comodidad o de conveniencia política, el Parlamento renuncie a llevar a cabo dicha función normativa, sustituyéndola por remisiones o habilitaciones cada vez más amplias e indeterminadas en favor de la potestad reglamentaria (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit., págs. 775-776).