

# LAS ORDENANZAS DEL ART. 38 DE LA CONSTITUCIÓN FRANCESA Y LAS NORMAS CON RANGO DE LEY DE LOS ARTS. 82 Y 86 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UN ESTUDIO COMPARATIVO

PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ  
*Profesora Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Oviedo*

## SUMARIO

1. Introducción
2. La necesaria existencia de una Ley previa: presupuesto común para la aprobación de las Ordenanzas del Art. 38 CF y de los Decretos legislativos del Art. 82 CE
3. La aprobación de las Ordenanzas del Art. 38 CF y su discutida naturaleza jurídica
4. La provisionalidad y la transformación en Ley: elementos comunes entre las Ordenanzas del Art. 38 CF y los Decretos-Leyes del Art. 86 CE
5. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto profundizar en el sistema de fuentes de los ordenamientos francés y español, realizando un análisis comparado entre las Ordenanzas previstas en el Art. 38 CF<sup>1</sup> y nuestras normas con

1. «El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar por Ordenanza durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la Ley.

rango de Ley, esto es, los Decretos legislativos y los Decretos Leyes de los Arts. 82 y 86 CE.

Con ello se pretende mostrar cómo, a pesar de las diferencias que las separan, inevitables cuando nos movemos en sistemas diversos, son muchos sus elementos comunes.

La Ordenanza, norma desconocida en el ordenamiento español<sup>2</sup> y residual en el francés<sup>3</sup>, tiene para nosotros el mayor interés, pues, como se intentará probar, presenta la peculiaridad de ser una disposición que, a lo largo de las diferentes etapas que va atravesando, comparte muchos de los rasgos característicos de nuestros Decretos legislativos y de nuestros Decretos-Leyes, hasta convertirse en una mixtura de ambos.

Las Ordenanzas, por decirlo así, transitan del Decreto legislativo al Decreto-Ley. En un primer momento, el Gobierno, como el Ejecutivo español cuando quiere aprobar un Decreto legislativo, dicta la Ordenanza, no en uso de un poder propio constitucionalmente conferido, sino en uso de un poder que requiere previa habilitación parlamentaria para su activación. No obstante, una vez aprobada, el perfil de la Ordenanza como norma provisional, transformable en Ley tan pronto goce de una vigencia potencialmente permanente, la acerca a la figura del Decreto-Ley.

Estas semejanzas, ahora someramente señaladas, sobre las que se abundará a continuación, pudieran hacer pensar que su consecuencia lógica sería afirmar que las Ordenanzas también comparten con el Decreto legislativo y el Decreto-Ley su misma naturaleza jurídica. Nada más lejos de la realidad. La Ordenanza no tiene, como veremos, la consideración de norma con rango de ley que debiera corresponderle. A pesar de su incidencia sobre materias del dominio de la Ley y de su capacidad para derogar a esta última, no es más que una norma meramente administrativa, fruto del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, cuyo contenido sólo se verá ascendido en rango si una Ley de ratificación, que raramente se aprueba, lo hace suyo.

Pero no es ésta la única sorpresa que nos deparará el régimen jurídico de las Ordenanzas. La intervención parlamentaria, previa y posterior a la acción gubernamental, parece intensificar las garantías que deben rodear a cualquier sustitución de la Ley y con ella del procedimiento que goza de un plus de legi-

Las Ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de Ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la Ley de habilitación.

Al expirar el plazo a que se refiere el primer apartado del presente artículo, las Ordenanzas ya no podrán ser modificadas sino por Ley en materias pertenecientes al ámbito de la Ley».

2. No así en otros. Para una panorámica de las Ordenanzas en distintos sistemas jurídicos, consúltese, AA.VV., *Ordonnances et législation déléguée à l'étranger*, *Revue française de Droit administratif*, n.º 3, 1987, pp. 724 y ss.

3. Sobre todo en la actualidad, pues en ciertos momentos, en concreto durante el mandato del General De Gaulle o durante la cohabitación en la que Mitterrand ocupaba la presidencia de la República y Chirac la presidencia del Gobierno, han resultado de especial importancia para potenciar el papel del Jefe del Estado y no el del Gobierno, como sería lo propio.

timidad democrática. Sin embargo, como más adelante estudiaremos, no son sino mera apariencia y la aprobación de las Ordenanzas se convierte en un instrumento que abre al Gobierno el dominio de la Ley, evitando el mayor y mejor control posible: el que pueden ofrecer las minorías parlamentarias en el curso del procedimiento legislativo ordinario. De todo esto tratarán las páginas que siguen.

## 2. LA NECESARIA EXISTENCIA DE UNA LEY PREVIA: PRESUPUESTO COMÚN PARA LA APROBACIÓN DE LAS ORDENANZAS DEL ART. 38 CF Y DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DEL ART. 82 CE

La Constitución francesa no confiere al Gobierno una competencia que le permita dictar Ordenanzas cuando estime oportuno o en los casos constitucionalmente previstos. Muy al contrario; el Gobierno francés requiere para la aprobación de la Ordenanza una habilitación parlamentaria expresa que revestirá forma de Ley ordinaria y seguirá en su tramitación ciertas especialidades procedimentales, sobre todo, en su punto de arranque. De hecho es el propio Gobierno quien debe instar la autorización al Parlamento, sin que éste pueda concederla unilateralmente, a través del ejercicio de la iniciativa legislativa con la presentación del proyecto de Ley de habilitación. Ello no impide que con posterioridad sea posible su modificación en la correspondiente fase de enmienda<sup>4</sup>, desarrollándose a partir de ese momento el procedimiento legislativo con total normalidad, ya libre de cualquier peculiaridad reseñable.

Después de esta primera aproximación al primer párrafo del Art. 38 CF, a nadie se le escapa lo mucho que recuerda la Ley de habilitación descrita a las Leyes previstas en el Art. 82 CE. Para que el Gobierno pueda dictar un Decreto legislativo también es indispensable que previamente se apruebe una Ley ordinaria, cuyo impulso, a diferencia del caso francés, se deja en manos de cualquiera de los sujetos a los que el Art. 87 les confiere la iniciativa legislativa, siguiendo en su tramitación los pasos del procedimiento legislativo ordinario, sin más especialidad que la prohibición de que la Ley sea aprobada por una comisión con competencia legislativa plena (Art. 75 CE).

Cuestión más debatida y no exenta de polémica, especialmente en el plano doctrinal, es la determinación de en qué circunstancias el Gobierno puede activar la aprobación de la Ley de habilitación, ya que el propio Art. 38 CF vincula la solicitud de autorización a la ejecución del programa guberna-

4. Este juego de enmiendas es visto por algunos autores como una especie de iniciativa derivada o de segundo grado, en la que el Gobierno intenta perfeccionar el proyecto y los parlamentarios superar cualquier deficiencia que observen respecto del ámbito y plazo de habilitación o de los instrumentos de seguimiento parlamentario de la misma. Véase, en este sentido, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 de octobre 1958*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Aix-en-provence/Paris, 1996, pp. 24 y ss.; 60 y ss.

mental. Ello no obliga al Ejecutivo, como durante un tiempo entendió la doctrina<sup>5</sup>, a someter al Parlamento su programa de gobierno antes de presentar el proyecto de Ley de habilitación, pues, según la Decisión n.º 76-72 DC 1977 del Consejo Constitucional, la noción de programa que el Art. 38 CF maneja no es asimilable a la que alude el Art. 49 CF. Tampoco la práctica puede ser utilizada de modo reduccionista a la hora de definir los motivos que ponen en marcha la habilitación. Por eso, el que habitualmente la solicitud responda a la urgencia de abordar situaciones imprevisibles, no significa necesariamente que sólo se pueda instar la habilitación en estos casos<sup>6</sup>. Quizás la explicación de la presunta existencia de este presupuesto habilitante se deba también a razones históricas, ya que las Ordenanzas son vistas como herederas de los Decretos-Leyes, presentes en la III y IV República, que permitían reaccionar rápidamente ante la inoperancia del Parlamento frente a graves circunstancias extraordinarias; pero lo cierto es que el vigente Art. 38 CF no recoge esta vinculación<sup>7</sup>. Por tanto, de su tenor literal, parece desprenderse que la decisión de solicitar autorización parlamentaria es una cuestión de oportunidad política y que en cualquier momento cabe recurrir a las Ordenanzas, independien-

5. Así lo entienden C. DEBBASCH, *Les ordonnances de l'article 38 dans la Constitution du 4 octobre 1958*, *La Semaine Juridique*, Vol. I, 1962, pp. 1701 y ss. y, entre nosotros, J. T. VILLARROYA, *El Artículo 38 de la Constitución francesa y las Ordenanzas de 1967*, *Revista de Estudios políticos*, n.º 162, 1968, pp. 49 y ss., que veía a las Ordenanzas como un medio extraordinario de ejecutar el programa que el Presidente del Gobierno ya había expuesto al Parlamento comprometiendo su responsabilidad.

6. Consúltense, entre otros, S. DICKSCHAT, *L'article 38 de la Constitution et la loi d'habilitation du 22 juin 1967*, *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1968, pp. 832 y ss. y P. EBRARD, *L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et la Ve République*, *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1969, pp. 259 y ss.

7. De todos modos es posible encontrar precedentes más remotos de las Ordenanzas, pues en su origen aparecieron vinculadas al régimen monárquico, dónde se entendía por tales cualquier acto dictado por el Rey para todo el territorio que contuviera una regla jurídica. Desaparecidas durante la Revolución, y tras una breve reaparición en la Restauración con el sentido indicado, su resurgimiento vendría de la mano del General De Gaulle, que durante la guerra aprueba bajo esta denominación Ordenanzas varias, principalmente organizadoras de los poderes públicos, convirtiéndolas en normas que en períodos excepcionales el Jefe del Estado puede dictar para modificar la Ley. Aunque nominalmente no se mencionan en la Constitución de 1946, la Constitución de 1958 parece acoger bajo el término Ordenanzas la práctica consolidada de los Decreto-Leyes durante la IV República. Éstos surgen en 1924 cuando Leyes de poderes especiales autorizan al Gobierno a tomar por Decreto medidas que puedan alterar Leyes preexistentes. Prohibidos expresamente por el Art. 13 de la Constitución de 1946, el Consejo de Estado, a través de la técnica de la deslegalización, sigue admitiendo su aprobación, aunque el Parlamento que debe autorizarlos también puede legislar cuando quiera sobre la materia que ha permitido que sea regulada por el Decreto. Una evolución de la noción de Ordenanzas hasta su constitucionalización en 1958 y su conexión con el Decreto-Ley como precedente más inmediato puede verse en J. TOUSCOZ, *La notion d'ordonnance*, *Études de Droit public*, Cujas, Paris, 1964, pp. 15 y ss.; P. STILLMUNKES, *La classification des actes ayant force de loi en Droit public français*, *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1964, pp. 261 y ss.; M. CARRILLO, *El Decreto-Ley: ¿Excepcionalidad o habitualidad?*, *Revista de las Cortes Generales*, n.º 11, 1987, pp. 47 y ss. y, del mismo autor, *El control parlamentario de las normas del gobierno con rango de Ley*, VI Jornadas de Derecho Parlamentario, Problemas actuales del Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 567 y ss.

temente de las razones que justifiquen la decisión —urgencia, sobrecarga parlamentaria, regulación de materias de gran complejidad técnica, adopción de medidas impopulares, falta de mayorías...—, convirtiéndolas en una norma de uso ordinario<sup>8</sup>.

Esta discutible vinculación de la habilitación y posterior aprobación de las Ordenanzas con el concepto de urgente necesidad es el único punto de conexión que en esta primera fase de su tramitación se puede establecer entre ellas y nuestros Decretos-Leyes. Éstos requieren para su dictado, por directo mandato constitucional (Art. 86 CE), la existencia de una necesidad extraordinaria y urgente. Extraordinaria, en el sentido de imprevisible dentro de la plena normalidad institucional y al margen de la declaración de cualquier estado de crisis. Urgente, como sinónimo de sin solución por los cauces procedimentales ordinarios. Esta interpretación tan flexible de los términos expuestos, apropiada por la jurisprudencia constitucional, junto a la discrecionalidad propia del Gobierno a la hora de valorar su existencia, hace que el recurso a los Decretos-Leyes no sea tan excepcional cómo su presupuesto habilitante pudiera dar a entender<sup>9</sup>. Por ello, no es descartable pensar que si en Francia se hubiera ido por el camino indicado, de relacionar extraordinaria urgencia y habilitación, tampoco se hubiera conseguido la pretendida excepcionalidad de la Ordenanza.

El proyecto, y por consiguiente la Ley de habilitación, tienen que determinar con precisión, para evitar cheques en blanco, no sólo qué materias del dominio de la Ley ordinaria podrán ser reguladas por Ordenanza, sino también qué medidas podrá adoptar ésta, así como qué finalidad deberá perseguir el Gobierno con las mismas, como pone de manifiesto la Decisión del Consejo Constitucional n.º 86-207 DC 1986. Obviamente cuando nos referimos al dominio de la Ley ordinaria pretendemos, de una parte, extender el ámbito potencial de la habilitación más allá de las materias señaladas en el Art. 34 CF a cualquiera que sea objeto de una reserva constitucional con contenido normativo a favor del legislador y, de otra, circunscribir el ámbito potencial de la habilitación, dejando fuera cualquier materia propia de Ley orgánica, los Presupuestos generales del Estado y aquellas materias o tratamientos jurídicos que correspondan al Reglamento<sup>10</sup>.

En nuestro ordenamiento, si el futuro Decreto legislativo no va a limitarse a refundir textos existentes y quiere contener un texto articulado con capa-

8. Es lo que propugnan P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960*, Mélanges offerts à Jacques Maury, Dalloz & Sirey, Paris, 1959, pp. 199 y ss. o G. BURDEAU, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, pp. 581 y ss.

9. Véanse I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 197 y ss.; E. SORIANO, *Los Decretos-Leyes en la jurisprudencia constitucional española*, *Revista de Administración pública*, n.º 100-102, 1983, pp. 453 y ss. y A. CARMONA, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, CEC, Madrid, 1997, pp. 76 y ss.

10. P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38... ob. cit.*, pp. 199 y ss.

cidad innovadora, la Ley tendrá que ser de bases (Art. 82.2 CE). Al igual que la francesa, nuestra Ley no sólo deberá precisar la materia concreta objeto de delegación, sin que pueda afectar a materia reservada a Ley orgánica ni a ninguna otra, como la presupuestaria, sujeta a un procedimiento especial de aprobación, salvo la propia de Ley ordinaria (Art. 82.1 CE). También deberá concretar el objeto y el alcance de la delegación, así como los principios y criterios que regirán su ejercicio. Este contenido principal, no modificable por el Decreto legislativo a riesgo de desvirtuar la delegación, convierte al Gobierno en el único destinatario de la Ley de bases, sin que sea posible su aplicación directa a los ciudadanos<sup>11</sup>.

La habilitación francesa, como hemos visto, también obliga al Gobierno, pero esta afirmación lleva a plantearnos si realmente el Art. 38 permite que la autorización recaiga sobre el Gobierno como órgano del Estado, al margen de quién lo componga, o sobre un Gobierno concreto, el que la solicita, y al que corresponde en exclusiva aprobar la Ordenanza. El ya comentado vínculo de la habilitación con la ejecución de un programa de gobierno nos lleva a afirmar que la autorización se extingue ante cualquier circunstancia que provoque un cambio del Gobierno en pleno o de su Presidente<sup>12</sup>.

Pero el Ejecutivo no es el único afectado por una habilitación que encierra no sólo una autorización, sino también una renuncia, pues, en lo que dure, el propio Parlamento que la consiente no podrá incidir sobre las materias que son objeto de potencial regulación a través de Ordenanzas. Mecanismos como el previsto en el Art. 41 CF facilitan esta restricción del ámbito parlamentario, al cerrar la puerta a posibles revocaciones de la habilitación por parte de un Parlamento, que podrá ver cómo el Gobierno veta cualquier proposición de Ley o enmienda contraria a la habilitación. En definitiva, dentro del plazo de habilitación, el Ejecutivo puede renunciar a aprobar la Ordenanza de modo expreso, presentando un proyecto de Ley que pretenda derogar la habilitación<sup>13</sup>, o tácito, bien dejando transcurrir el plazo sin dictar la norma, bien no activando el bloqueo gubernamental contra las iniciativas parlamentarias que busquen su revocación<sup>14</sup>.

11. E. VIRGALA, La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de Ley, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, pp. 70 y ss. e I. GUTIÉRREZ, Los controles de la legislación delegada, CEC, Madrid, 1995, pp. 192 y ss., proponen, sin embargo, que la Ley de bases goce de aplicación directa cuando el Decreto legislativo no llegue a dictarse o no responda a los términos de la delegación.

12. Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina. Véanse, entre otros, M. DUVERGER, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, pp. 552 y ss.; F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution de la République française*, Economica Paris, 1979, pp. 519 y ss.; B. MATHIEU, *Les rôles respectifs du Parlement, du Président de la République et du Conseil Constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38*, *Revue française de Droit administratif*, n.º 3, 1987, pp. 700 y ss.; F. HAMON, *La loi et le règlement. Articles 34, 37 y 38 de la Constitution de 1958*, *La Documentation française*, n.º 1.08, 1988, pp. 34 y ss.

13. F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss. y P. BON, *Les délégations législatives en droit comparé franco-espagnol*, *Études offertes à Jean Marie Aubry*, Dalloz, Paris, 1992, pp. 463 y ss.

14. P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38...* ob. cit., pp. 199 y ss.

Por el contrario, como ya apuntamos, en el supuesto español el único afectado por la delegación es el Gobierno, sin que tenga porqué existir identidad entre el que recibe la delegación y el que luego dicte el Decreto legislativo, a no ser que la propia Ley de delegación lo establezca, pues aquí no hay una conexión entre la habilitación y la ejecución de un concreto programa<sup>15</sup>. En nuestro ordenamiento, la delegación, mientras mantiene su vigencia, no despoja al Parlamento de sus atribuciones, ya que éste siempre podrá revocarla. Es cierto, que al igual que sucede en Francia, si una proposición de Ley o enmienda pretende regular la materia objeto de delegación, el Gobierno podrá oponerse, pero, si no lo hiciera, la delegación quedaría automáticamente derogada e, incluso, aún de ejercerse el veto, el Parlamento todavía tendría en sus manos el arma de la revocación expresa, ante la cual nada puede hacer el Gobierno (Art. 84 CE). En conclusión, la aprobación de una Ley del Art. 82 CE no merma la titularidad de la función legislativa por parte de las Cortes, pues son ellas las que confieren una delegación limitada que pueden controlar y revocar cuando quieran.

Pero el contenido de la Ley de habilitación francesa no se agota en los aspectos materiales descritos. También debe concretar los plazos con los que cuenta el Gobierno para aprobar la Ordenanza y para depositar un proyecto de Ley de ratificación, del que luego hablaremos, sin que tengan porqué ser coincidentes<sup>16</sup>. Doble contenido, por tanto, que afecta a las cuestiones cruciales de la habilitación, como son su extensión material y temporal. No obstante, el que éste sea, sin duda, el contenido obligado de la habilitación no quita para que el proyecto y posterior Ley de habilitación puedan ir más allá e incluir válidamente, junto a estas disposiciones, otras, al margen de la autorización y posterior regulación de las Ordenanzas, llamadas a perdurar en el ordenamiento<sup>17</sup>.

Tampoco en España la habilitación puede ser perpetua y debe someterse a un plazo cierto (Art. 82.3 CE). Mas en nuestro ordenamiento, una vez aprobado el Decreto legislativo, la delegación se agota, aunque todavía no haya concluido el plazo fijado, mientras que en Francia la habilitación no está sujeta a término, pues siempre cabe modificar la Ordenanza ya aprobada si aún se está dentro de plazo<sup>18</sup>.

15. Así lo entienden I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...* ob. cit., p. 182 y ss.; I. GUTIÉRREZ, *Los controles...* ob. cit., pp. 183 y ss.; T. DE LA QUADRA, *La delegación legislativa en la Constitución, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 327 y ss. Sólo E. VIRGALA, *La delegación...* ob. cit., pp. 70 y ss. y J. L. VILLAR, E. SUÑÉ, *Comentario a los Arts. 82 a 85 CE*, O. ALZAGA, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDESA, Madrid, 1998, pp. 83 y ss., consideran que tras la delegación hay una relación de confianza, que lleva a su revocación en caso de cambio de Gobierno.

16. Aún así, F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss., abogan por el establecimiento de un plazo común.

17. Se trata de lo que se conoce como Leyes mixtas de habilitación. Sobre este particular, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 47 y ss. y L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2002, p. 713.

18. De todos modos no son pocos los autores, como I. GUTIÉRREZ, *Los controles...* ob. cit., pp. 185 y ss., que defienden la posibilidad de aprobar varios Decretos legislativos yuxtapuestos,

Ni que decir tiene que, como cualquier Ley, la de habilitación, tanto en sus aspectos procedimentales como materiales, está sujeta al control previo de constitucionalidad que le dispensa un Consejo Constitucional, que aprovecha las Decisiones en las que debe pronunciarse sobre estas cuestiones, para, a través de resoluciones interpretativas, acotar aún más el alcance de la habilitación y con ello el espacio de la Ordenanza (Decisión n.º 86-207 DC 1986)<sup>19</sup>.

Dejando de lado el control que sobre la Ley de delegación puede efectuar el Tribunal Constitucional, la Constitución prevé un posible seguimiento parlamentario del desarrollo de la delegación, que se efectuará en los términos que la propia Ley disponga (Art. 82.6 CE). Determinar cuál es su alcance no es fácil. Atribuirle un carácter previo, preceptivo y vinculante, convertiría al Decreto legislativo en un acto complejo, en contra de su configuración constitucional. Atribuirle un carácter previo, preceptivo y no vinculante, desvirtúa la función de control que se quiere que cumpla, pasando a ser considerado como un trámite más del procedimiento de aprobación del Decreto legislativo. Posponerlo a una vez aprobado el Decreto legislativo, podría condicionar la eficacia del Decreto, suspendiendo su entrada en vigor hasta que se sometiera a dicho trámite de control, independientemente de su resultado, pues concebirlo a la manera de una ratificación o convalidación, tal y como sucede en Francia respecto de las Ordenanzas<sup>20</sup>, es imposible en nuestro caso, al haber ya prestado el Parlamento en la delegación su consentimiento anticipado a que el Gobierno pueda dictar el Decreto legislativo como norma perfecta desde su aprobación. Y, por último, posponerlo a una vez publicado el Decreto legislativo le haría perder todo sentido, ya que, en el supuesto de no ser favorable al uso que se ha dado de la delegación, sólo podría dar lugar a la activación del procedimiento legislativo encaminado a modificar o derogar el Decreto legislativo<sup>21</sup>.

a partir de una Ley de delegación que contemple materias independientes susceptibles de regulación autónoma. Otros, como E. VIRGALA, *La delegación...* ob. cit., pp. 70 y ss., admiten una concurrencia de Decretos legislativos respaldados por una misma Ley de delegación, si la complejidad de la materia regulada lo aconseja. E. ESPÍN, *Separación de poderes y potestades normativas del Gobierno*, Revista de las Cortes Generales, n.º 6, 1985, pp. 170 y ss., por su parte, tampoco descarta que una Ley de delegación pueda servir de cobertura a varios Decretos legislativos, si se deduce claramente de sus mismos términos, aunque no podría habilitar el dictado de normas sucesivas sobre el mismo objeto, pues, en palabras de T. DE LA QUADRA, *La delegación...* ob. cit., pp. 327 y ss., la delegación se da no para que el Gobierno detente temporalmente la titularidad genérica de una competencia, sino para que proceda a su ejercicio concreto.

19. Sobre las directrices de interpretación que precisan las condiciones que deberán satisfacer las Ordenanzas, si no quieren vulnerar la Constitución, consúltese F. HAMON, *La loi...* ob. cit., pp. 34 y ss.

20. Discutible es que la ratificación francesa pueda entenderse como un mero control, pues, aunque indudablemente en ella hay un elemento de fiscalización parlamentaria, su función primordial, como veremos, es otra: convertir la Ordenanza en Ley.

21. Sobre el control parlamentario y sus diferentes modalidades, véanse, J. JIMÉNEZ CAMPO, *El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos legislativos*, Revista de Derecho político, n.º 10, 1981, pp. 77 y ss.; T. FREIXES, *La legislación delegada*, Revista española de Derecho cons-

Pero, obviamente, la función que desarrollan las Leyes de habilitación y las Leyes de delegación como respectiva concreción del Art. 38 CF y del Art. 82 CE, precisando los términos de la autorización, hace que no sólo sean objeto de control, sino también parámetro de control, pues se convierten en condición de validez de la norma que posibilitan, esto es de las Ordenanzas y de los Decretos legislativos. Precisamente el que los órganos encargados de su enjuiciamiento tengan que usar a estas Leyes como referencia para resolver, aconsejaría su integración dentro del bloque de la constitucionalidad, categoría, en su perspectiva francesa, eminentemente procesal. Sin embargo, habiéndole reconocido la función extrínseca antedicha, formalmente la inclusión todavía no ha tenido lugar en Francia, mientras que en España las SSTC 51/1982 y 205/1993 se han mostrado más receptivas, al reconducir la violación de la ley de delegación no a un problema de ilegalidad, sino de inconstitucionalidad<sup>22</sup>.

Más allá de las diferencias, sobre todo procedimentales, lógicas, por otra parte, si tenemos en cuenta que nos movemos en ordenamientos distintos, lo que resulta verdaderamente llamativo y relevante es la diferente naturaleza de las dos Leyes, en tanto condicionará a su vez la naturaleza jurídica de las normas a las que dan cobertura.

En Francia, mayoritariamente, se considera que el Art. 38 CF permite al Parlamento establecer una habilitación a favor del Gobierno para que a través de las Ordenanzas se ocupe de materias propias del dominio de la Ley, que han podido o no ser ya reguladas por ésta, en cuyo caso la aprobación de la Ordenanza supondría la derogación de la Ley. La Ley del Art. 38 CF no pasa de ser una Ley de mera habilitación, sin que pueda considerarse una Ley de delegación. La Ley no delega temporalmente potestad legislativa al Gobierno, sino que le autoriza a que, haciendo uso de la potestad reglamentaria que le es propia, regule materias reservadas a la Ley<sup>23</sup>. Inicialmente las Ordenanzas son, como veremos, actos formalmente reglamentarios y materialmente legislativos<sup>24</sup>.

titucional, n.º 28, 1990, pp. 119 y ss.; E. ESPIN, Separación de poderes... ob. cit., pp. 170 y ss.; E. VIRGALA, La delegación... ob. cit., pp. 192 y ss.; I. GUTIÉRREZ, Los controles... ob. cit., pp. 315 y ss., y, del mismo autor, Sobre el control parlamentario de los Decretos legislativos, VI Jornadas de Derecho Parlamentario, Problemas actuales del Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 855 y ss.

22. Sobre el bloque de la constitucionalidad en Francia y en España, véase por todos, L. FAVOREU, F. RUBIO, El bloque de la constitucionalidad, Civitas, Madrid, 1991 y P. REQUEJO, Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad, Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.

23. Véanse, en este sentido, TOUSCOZ, La notion... ob. cit., pp. 15 y ss.; P. MONTANÉ DE LA ROQUE, L'article 38, ob. cit., pp. 199 y ss.; J. M. BECET, La pratique des ordonnances de l'article 38, La Revue Administrative, n.º 126, 1968, pp. 704 y ss.; G. BURDEAU, Droit Constitutionnel... ob. cit., pp. 521 y ss.; C. DEBBASCH, Les ordonnances... ob. cit., p. 1701.

24. A los citados en la nota anterior pueden añadirse, P. STILLMUNKES, La classification... ob. cit., pp. 261 y ss.; F. LUCHAIRE, G. CONAC, La Constitution... ob. cit., pp. 519 y ss.; M. DUVERGER, Institutions... ob. cit., pp. 552 y ss.; J. GICQUEL, Droit Constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, Paris, 2002, p. 598; F. HAMON, La loi... ob. cit., pp. 34 y ss. Partiendo de los mis-

Ello se explica a partir del modo de entender la separación de poderes y el sistema de fuentes, basándose más en modelos históricos del Estado constitucional, como el monismo parlamentario, que en los datos que aporta el derecho constitucional positivo. Así la vigente Constitución francesa, partiendo de una separación de poderes entre un Parlamento, encargado de legislar y llevar a cabo la función de control gubernamental, y un Ejecutivo, investido de una función de gobierno que conlleva la potestad de dictar normas generales que la materialicen, potencia las competencias de éste último, sin que esto conduzca a desechar la visión más clásica del Gobierno como órgano subordinado al Parlamento, que no expresa la voluntad general y cuyos actos son susceptibles de control jurisdiccional<sup>25</sup>. Por otra parte, aunque parece claro que la Constitución acoge el criterio material a la hora de definir las diversas fuentes, doctrinalmente tampoco acaba de abandonarse el tradicional criterio formal que entiende por Ley los actos emanados del Parlamento y por Reglamento cualquier acto dictado por el Gobierno<sup>26</sup>. A pesar de la revalorización del Gobierno, de la decadencia del Parlamento y de la Ley a causa del establecimiento de una reserva reglamentaria y del juego de las Ordenanzas, se continúa explicando el sistema francés acudiendo a precomprensiones de conceptos clásicos y no a las pautas que marca la propia Constitución. Así se sigue anclado en el pasado, entendiendo que el Parlamento monopoliza la potestad legislativa y que en ningún caso el Gobierno puede ser visto como un órga-

mos presupuestos, pero con un espíritu más crítico, P. BON, *Les délégations...* ob. cit., pp. 463 y ss., admite que las Ordenanzas no ratificadas son actos administrativos, pero considera más lógico que fueran actos legislativos, pues, a su juicio, el Art. 38 CF instituye un mecanismo de delegación por el que la Ley confiere al Ejecutivo el poder de dictar normas jurídicas que presentan ciertos atributos de la Ley, como, por ejemplo, la capacidad de modificar Leyes o intervenir en su dominio. Por su parte, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 254 y ss., y *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution: une place ambiguë dans la hiérarchie des normes*, *Revue française de Droit administratif*, n.º 14, 1998 pp. 924 y ss., sin negar tampoco la naturaleza administrativa de la Ordenanza no ratificada, no cree que su aprobación sea fruto del ejercicio ordinario de la potestad reglamentaria del Art. 37 CF, en tanto regulará un campo que escapa a esta última. El Art. 38, a su entender, no deroga el reparto de materias que constitucionalmente se establece entre Ley y Reglamento, autorizando que la Ley de habilitación realice una deslegalización, sino que se limita a prever un acto específico. La Ley de habilitación no llama al Ejecutivo a ejercer su potestad reglamentaria, sino a aprobar una norma que tomará de esa Ley su naturaleza jurídica, siempre que se ajuste a sus términos y en cuanto la ratificación tenga lugar. En definitiva, la Ley de habilitación es un acto incompleto de edición de normas legislativas que deberá perfeccionar la Ordenanza.

25. J. Touscoz, *La notion...* ob. cit., pp. 15 y ss.

26. Sólo M. WALINE, *Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958*, *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1959, p. 699 y en cierta manera J. DE SOTO, *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, *Revue de Droit public et de la Science politique*, 1959, pp. 240 y ss., defienden que la Constitución de 1958 acoge una definición material de Ley, de tal modo que cualquier norma que regule materias enumeradas en el Art. 34 CF tendrá esa consideración, al margen de cuál sea el órgano que la haya dictado. Las Ordenanzas son, de este modo, actos legislativos por la materia en la que inciden y por la posición que ocupan en el ordenamiento, ya que pueden modificar Leyes previas y, expirado el plazo de delegación, no pueden ser modificadas más que por Ley.

no que colabora con él en el ejercicio de dicha potestad, pues no se está dispuesto a renunciar a la idea de división de poderes y de primacía de la Ley como expresión de la voluntad general.

Esta idea prácticamente unánime de Ley de habilitación, tal cual se ha expuesto, liga en cierto modo con la forma en que mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia española ha explicado la delegación legislativa prevista en nuestra Constitución. Aquí se ha entendido que las potestades públicas son intransmisibles y no se adquieren más que a título originario, por lo que el poder delegado es un poder propio, distinto del que es titular el delegante. La Ley de delegación del Art. 82 CE, a pesar de recibir ese nombre, no transfiere al Gobierno potestad legislativa, sino que abre al Gobierno la posibilidad de que, ejerciendo la potestad reglamentaria que le es propia, actúe sobre una materia antes vedada. Para que la delegación legislativa no se convierta en una Ley de plenos poderes establece una serie de límites a los que tendrá que atender el Gobierno cuando apruebe el Decreto legislativo, pues sólo así, moviéndose «intra vires», se materializa el reenvío recepticio o per relationem, asumiendo el legislador su contenido y prestándole su rango<sup>27</sup>. Ley de delegación y Decreto legislativo forman un binomio normativo en el que la Ley condiciona la validez del Decreto y le aporta su rango y el Decreto le ofrece a la Ley su contenido y eficacia<sup>28</sup>. Siguiendo el paralelismo con el caso francés, la Ley de autorización y la Ordenanza también podrían formar un acto complejo, en el que, de una parte, la Ley condiciona la validez de una Ordenanza que ella misma insta al Gobierno a aprobar en uso de su potestad reglamentaria y, de otra, la Ordenanza, a su vez, le ofrece a la Ley su eficacia, entrando a normar sobre el fondo de una materia propiamente legislativa que la Ley ha renunciado a regular. Hay coincidencia, por tanto, en entender que ni la Ley de delegación ni la Ley de habilitación transfieren potestad legislativa y que la aprobación del Decreto legislativo y de la Ordenanza es resultado de la potestad reglamentaria. La única diferencia estribaría en que la Ley de autorización no confiere su rango a la Ordenanza por el mero hecho de que respete sus términos. La Ordenanza, tal y como se entiende mayoritariamente, es acto administrativo hasta su ratificación, puesto que la Ley de habilitación no está dispuesta a anticipar la concesión de su rango a una norma de la que desconoce su contenido concreto y a la que eximiría de control jurisdiccional.

Pero si esta explicación de la delegación en España resultó de gran utilidad en el momento en que se formuló, no es menos cierto que, a pesar de su recepción jurisprudencial, resulta de difícil encaje en el concepto de delegación que el Art. 82 acoge. La Constitución autoriza al Parlamento a disponer de su propia potestad legislativa, atribuyendo al Gobierno la potestad de dictar, dentro de los límites constitucional y legalmente establecidos, una norma

27. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998, p.153 y ss.

28. J. L. VILLAR, E. SUÑÉ, *Comentario... ob. cit.*, pp. 83 y ss.

con el mismo rango que la Ley. La potestad que el Gobierno ejerce como consecuencia de la delegación en ningún caso es reglamentaria; es legislativa, pues es la única que ha podido recibir de un Parlamento que no puede transferir lo que no tiene. La norma resultado del ejercicio de la delegación no es un Reglamento, sino una norma específica, con su propio nomen iuris, Decreto legislativo, que ocupará en el ordenamiento la misma posición que la Ley delegación<sup>29</sup>. En nuestro caso, es, por tanto, la propia Constitución la que permite romper con el monopolio parlamentario de la función legislativa, en favor de un Gobierno que no despierta ninguna suspicacia, en tanto goza, como cualquier poder público, de legitimación democrática. Es obvio que, si se defiende esta idea de delegación, cualquier parecido que se pretendiera establecer con el supuesto francés, tal cual se interpreta el Art. 38 CF, desaparece. Otra cosa es, si ese Art. 38 admite una lectura diferente a la mayoritaria, que lleve a afirmar, que igual que ocurre en el Art. 82 CE, la Constitución francesa autoriza al legislador a delegar al Gobierno potestad legislativa para que apruebe unas normas con rango de Ley llamadas Ordenanzas. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

### 3. LA APROBACIÓN DE LAS ORDENANZAS DEL ART. 38 CF Y SU DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA

Las Ordenanzas son aprobadas por el Consejo de Ministros, previo dictamen preceptivo y no vinculante del Consejo de Estado, sin que sea descartable el que adicionalmente se puedan someter, si así lo establece la Ley de delegación, a otras consultas no vinculantes de órganos administrativos o colegios profesionales.

Una vez aprobadas dentro de plazo, para poder ser publicadas y entrar en vigor, necesitan la firma del Jefe de Estado y la contrafirma del Presidente del Gobierno o de los ministros responsables, que, de este modo, se endosan la responsabilidad del acto. Surge, entonces, la duda de si el Jefe del Estado puede negarse a plasmar su firma<sup>30</sup>. Indudablemente el Art. 5 CF atribuye al Presidente la función de velar por el respeto a la Constitución, asegurar el funcionamiento regular de las instituciones y garantizar la independencia nacional, lo que justificaría en ciertos supuestos su negativa a firmar, pero la impo-

29. En idéntico sentido, véase, I. DE OTTO, *Derecho constitucional...* ob. cit., pp. 182 y ss. Otros autores, E. ESPIN, *Separación de poderes...* ob. cit., pp. 170 y ss. o T. DE LA QUADRA, *La delegación legislativa...* ob. cit., pp. 327 y ss., consideran, por el contrario, desde una posición intermedia a la expuesta, que la Ley delega una potestad diferente y más limitada que la potestad legislativa del Art. 66.2 CE, aunque también incardinada en la función legislativa, que consiste en dictar normas con rango de Ley.

30. Duda más teórica que otra cosa, pues, en la práctica, durante períodos de cohabitación, ha sido relativamente frecuente la negativa del Presidente Mitterrand a firmar las Ordenanzas aprobadas por los Gobiernos conservadores.

sibilidad de controlar y sancionar la decisión presidencial hace que se corra el peligro de que la negativa se mal utilice como un simple veto. En cualquier caso, si el Presidente de la República se niega a prestar su firma, al Gobierno sólo le queda tramitar como proyecto de Ley las medidas inicialmente previstas para ser tomadas por Ordenanza. El Consejo Constitucional, cuando controle la constitucionalidad del proyecto, puede poner indirectamente de relieve la corrección o la incorrección de la decisión del Jefe de Estado, siempre que las razones de fondo que le llevaron a rehusar fueran jurídicas y no de oportunidad política<sup>31</sup>.

El procedimiento descrito no difiere en gran medida del que se sigue en España para la aprobación de los Decretos legislativos. El Gobierno ejerce la potestad que se le confiere conforme a las normas procedimentales previstas para la aprobación de las disposiciones generales, incluyendo dictamen no vinculante del Consejo de Estado por imperativo, en nuestro caso, legal, que no constitucional. Una vez expedido por el Rey, a lo que no puede negarse por tratarse de un acto debido, —quizás sea ésta la única diferencia, respecto de lo comentado— y refrendado por el Presidente del Gobierno, sin promulgación, al reservarse ésta, como en Francia, para las Leyes formales, se publica oficialmente bajo la denominación específica de Decreto legislativo, siendo desde ese momento norma válida y aplicable<sup>32</sup>.

Tan pronto entran en vigor, las Ordenanzas, como antes comentamos, tienen la consideración de actos administrativos, controlables por el contencioso-administrativo, en concreto, por el Consejo de Estado. Éste, con el beneplácito del Consejo Constitucional en sus Decisiones n.º 72-73 DC 1972 y n.º 85-196 DC 1985<sup>33</sup>, justifica su competencia con los mismos argumentos que

31. Un comentario del papel del Presidente, en consonancia con lo que se señala en el texto, puede encontrarse en C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 117 y ss.; B. MATHIEU, *Les rôles...* ob. cit., pp. 700 y ss.; G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Manuel Droit Constitutionnel*, LGPJ, Paris, 2001, p. 704; F. HAMON, *La loi...* ob. cit., pp. 34 y ss. A favor sin reservas de un veto que viene a reforzar el presidencialismo, J. TOUSCOZ, *La notion...* ob. cit., pp. 15 y ss.; A. HAURIUO, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Montchrestien, Paris, 1972, pp. 857 y ss.; M. DUVERGER, *Institutions politiques...* ob. cit., pp. 519 y ss.; S. DICKSCHAT, *L'article 38...* ob. cit., pp. 832 y ss.; P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38...* ob. cit., pp. 199 y ss., que llegan a ver al Presidente de la República, y no al Gobierno, como autor de unas Ordenanzas cuya voluntad reflejan. Desde una posición intermedia L. FAVOREU, *Ordonnances ou règlements d'administration publique?* *Revue française de Droit administratif*, n.º 3, 1987, pp. 686 y ss., admite el que pueda negarse a firmar sólo por razones de oportunidad política, no así por motivos jurídicos que equipararían al Presidente con el Consejo Constitucional. Por último; una exposición sistemática de todas las opiniones en relación a este tema puede encontrarse en M. TROPER, *La signature des ordonnances, Fonctions d'une controverse, Pouvoirs*, n.º 41, 1987, pp. 75 y ss., que termina por defender que no hay razones jurídicas que avalen una u otra postura, sólo razones de moral política.

32. Véase, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...* ob. cit., p. 188.

33. El Consejo Constitucional equipara, de hecho, a las Ordenanzas no con Reglamentos autónomos, sino con Reglamentos de Administración Pública, esto es, Reglamentos aprobados a instancia del legislador y previo dictamen del Consejo de Estado, que tienen por objeto adoptar medidas indispensables de aplicación de la Ley que a él se remite y que no entrará en vigor hasta que se dicte el Reglamento. Sobre este concepto en el ordenamiento francés, consúltese L. FAVO-

empleó durante la III y IV República para recabar el enjuiciamiento de los Decretos-Leyes: Al Consejo de Estado le compete controlar todo acto que emana de una autoridad administrativa y que, por tanto, tiene esa naturaleza, así como todo acto del que se le requirió un dictamen previo. Ese enjuiciamiento se desarrollará a través del recurso por exceso de poder, cuyo fin es anular una decisión que vulnere una regla de derecho. Transcurrido el plazo para su interposición, de dos meses a contar desde la entrada en vigor de la Ordenanza, y siempre y cuando ésta no haya sido ratificada, ya sólo cabe atacarla a través de una excepción de ilegalidad ante un juez administrativo o penal. En uno y otro caso el parámetro a utilizar será la Constitución y las restantes disposiciones del bloque de la constitucionalidad, la Ley de habilitación, los Tratados internacionales y los Principios generales del derecho, lo que no deja de ser discutible, pues si la Ordenanza puede modificar a la Ley también podría modificar estos últimos<sup>34</sup>. Constatado el vicio, el Consejo de Estado declarará la nulidad de la Ordenanza con efectos retroactivos.

En España el control jurisdiccional del Decreto legislativo dependerá de la naturaleza jurídica que se le asigne. Si se considera que es norma fruto del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, la declaración de su nulidad corresponderá, como en Francia, a los Tribunales contencioso-administrativos<sup>35</sup>, especialmente cuando de lo que se trate es de controlar su adecuación a los términos de la delegación. De no ser respetuoso con la misma, nos encontraríamos ante un Reglamento, en tanto la Ley de delegación ya no estaría dispuesta a asumir el contenido del Decreto y lo degradaría, negándole el rango legal que le había prometido de manera anticipada<sup>36</sup>. Sin embargo, si se defiende que los Decretos legislativos son normas con rango de Ley, será el Tribunal Constitucional el que monopolice su expulsión del ordenamiento, por incurrir en inconstitucionalidad bien directa, bien indirecta, al ir más allá de lo permitido por la Ley de delegación. La sanción que corresponde al Decreto legislativo contrario a las disposiciones que establecen sus condiciones de validez es, por tanto, la de ser declarado norma con rango de Ley nula por el órgano cuyo enjuiciamiento le corresponde en atención a su apariencia, no la de ser primero degradado a Reglamento y luego declarado nulo por el Tribunal encargado de enjuiciar a las disposiciones infralegales<sup>37</sup>.

REU, *Ordonnances ou règlements...* ob. cit., pp. 686 y ss. y G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit Administratif 1*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp. 273 y ss.

34. Véanse, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 164 y ss. y *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 924 y ss.; G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Manuel...* ob. cit., p. 706; F. HAMON, *La loi...* ob. cit., pp. 34 y ss.

35. Sin perjuicio de que cualquier tribunal ordinario pueda inaplicarlo.

36. Aún así, incoherentemente, también se reconoce la competencia del Tribunal Constitucional tanto para controlar cualquier vulneración de las disposiciones constitucionales, como el propio *ultra vires*, cuando el juez ordinario dude sobre su existencia.

37. Así lo entienden, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...* ob. cit., p. 190; J. JIMÉNEZ CAMPO, *El control jurisdiccional...* ob. cit., pp. 77 y ss.; I. FERNÁNDEZ, *El control jurisdiccional de los Decretos legislativos, Poder judicial*, n.º 24, 1991, p. 21; T. FREIXES, *La legislación...* ob. cit., pp. 161 y

Tras su publicación la Ordenanza tiene fuerza activa respecto de la Ley anterior a la que podrá modificar. Pero determinar cuál es su fuerza pasiva es más problemático. En principio, suponiendo que la Ordenanza respete los términos de la autorización y sólo contenga materias del dominio de la Ley<sup>38</sup>, en lo que dura la habilitación, podrá ser, por regla general, modificada o derogada por otra Ordenanza y, sólo excepcionalmente, por Ley, cuando el Gobierno, tal cual hemos indicado en páginas anteriores, no haya bloqueado la iniciativa legislativa de origen parlamentario o haya hecho uso de la misma. Si esto es así, la Ordenanza carece de fuerza pasiva, pues, aunque excepcionalmente, no puede resistir a la Ley que se oponga a ella. Ello nos permite contestar a una cuestión con la que cerrábamos el apartado anterior. ¿Es posible interpretar el Art. 38 CF de tal manera que pueda equipararse a nuestro Art. 82 CE, en el sentido de entender que ambos habilitan al Gobierno a dictar normas con rango de Ley? Parece claro que la respuesta debe ser positiva. Más allá de su contenido, lo que permite determinar qué posición ocupa en el ordenamiento una determinada norma es el concepto de fuerza. Para poder afirmar que la Ordenanza, en el momento de su aprobación y antes de su ratificación disfruta del mismo rango que la Ley, debería tener fuerza activa respecto de las Leyes anteriores y carecer de fuerza pasiva respecto de las posteriores, y así sucede. Si la comparamos con los Reglamentos, observamos que a pesar de moverse en el dominio de la Ley, disfruta respecto de ellos de fuerza activa<sup>39</sup> y de fuerza pasiva mientras esté dentro del ámbito que le es propio<sup>40</sup>. Todo

ss.; I. GUTIERREZ, *Los controles...* ob. cit., pp. 213 y ss.; E. ESPIN, *Separación...* ob. cit., pp. 170 y ss.; E. VIRGALA, *La delegación legislativa...* ob. cit., pp. 175 y ss. y, del mismo autor, *De nuevo sobre los Decretos legislativos* (A propósito de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa), *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 56, 1999, pp. 43 y ss. La mayoría de ellos explican la referencia del Art. 82.6 CE a los Tribunales, en plural, acudiendo al posible planteamiento por su parte de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque I. DE OTTO también admite el control de los Tribunales ordinarios en aquellos casos en que el Decreto legislativo carezca de apariencia de tal y J. JIMÉNEZ CAMPO cuando el Decreto incurra en vicios procedimentales.

38. Si contuviera materia reglamentaria, salvo en casos flagrantes, no se suele sancionar el exceso con la nulidad. Pero, en tanto se mueve fuera del dominio de la Ley, la Ordenanza es en este caso formal y materialmente reglamentaria, por lo que podría ser reformada por un Reglamento, siempre que el contencioso-administrativo así lo haya admitido, bien de manera directa, bien de manera reconvenional, al hilo del enjuiciamiento del Decreto que pretende modificar la Ordenanza, pues, de lo contrario, habría que presumir a la Ordenanza un contenido legislativo. Véase C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 193 y ss. Sin embargo, F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss., propugnan que esa materia reglamentaria sea inatacable hasta después de la ratificación, pasada la cuál podrá jugar el Art. 37 CF, como luego veremos.

39. Entre otras cosas, porque las reservas de Ley y de Reglamento fijadas en la Constitución, tal y como las ha entendido el Consejo Constitucional, terminan por afectar más que a determinadas materias a determinados tratamientos jurídicos, por lo que la alteración de los principios relativos a una concreta materia por parte de la Ordenanza obligará a modificar las reglas establecidas por el Reglamento.

40. Aunque, en la práctica, los efectos son coincidentes con el concepto de fuerza pasiva, es indudable que técnicamente el Reglamento que regulara materias del dominio de la Ley sería nulo, sin necesidad de contradecir a la Ordenanza que las contuviera, por invadir un campo que

esto nos lleva a afirmar que sería posible concebir la naturaleza jurídica de las Ordenanzas «a la española», es decir, como normas con rango de Ley y no como actos meramente administrativos, sin perjuicio de los problemas prácticos que de ello se derive, en lo que a su control se refiere.

Pudiera pensarse que en España los preceptos del Decreto legislativo que van más allá de lo permitido por la delegación, sin oponerse a la misma, podrían ser modificados, como ocurre en Francia, por Reglamento, pues la Ley se niega a hacerlos suyos. Esa sería la consecuencia lógica de la teoría de la delegación recepticia. No obstante, sus partidarios no se plantean esa posibilidad y, como hemos visto, se quedan en propugnar primero una degradación que luego supondrá la inaplicación del Decreto legislativo que incurra en *ultra vires* por los tribunales ordinarios o la declaración de su nulidad por los Tribunales contencioso-administrativos<sup>41</sup>.

Pero, junto a los elementos señalados, las Ordenanzas presentan además una peculiaridad, son normas de vigencia limitada que pueden llegar a convertirse en Ley, lo que las aleja de los Decretos legislativos para aproximarlas a nuestros Decretos Leyes.

#### 4. LA PROVISIONALIDAD Y LA TRANSFORMACIÓN EN LEY: ELEMENTOS COMUNES ENTRE LAS ORDENANZAS DEL ART. 38 CF Y LOS DECRETOS-LEYES DEL ART. 86 CE

##### A) LAS ORDENANZAS DEL ART. 38 CF Y LOS DECRETOS-LEYES COMO NORMAS DE VIGENCIA LIMITADA

Las Ordenanzas, aprobadas por el Consejo de Ministros, son, como hemos visto, normas de discutible naturaleza administrativa, pero, eso sí, perfectas, esto es, válidas y aplicables, desde su publicación y consiguiente entrada en vigor. Sin embargo son normas perfectas de vigencia limitada. Si recordamos, la Ley de habilitación establecía un doble plazo dirigido en ambos casos al Gobierno. Un plazo para dictar la Ordenanza y un plazo para, una vez aprobada, depositar el proyecto de Ley de ratificación. Si el primero se deja transcurrir sin hacer uso de la habilitación, ésta se extingue. Si el segundo se deja transcurrir sin hacer depósito alguno, la Ordenanza caduca. La Ordenanza es, por tanto, norma provisional, pues, en principio, está vigente desde su publicación hasta el fin del plazo de depósito, superado el cuál sólo puede ver prolongada su vigencia si el Gobierno ejerce su iniciativa legislativa<sup>42</sup>.

no es el suyo y por ir más allá del que le es propio. Por vulnerar, en definitiva, la reserva legal y reglamentaria constitucionalmente prevista.

41. Obviamente si se mantiene en todo caso el rango legal del Decreto legislativo, resulta indiferente cuál sea su contenido, porque el Reglamento nunca podrá modificarlo al ser norma inferior.

42. Respecto de la incidencia que la presentación del proyecto de Ley de ratificación tiene sobre la vigencia de la Ordenanza, véanse C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp.

El Gobierno es quien, según el Art. 38 CF, debe presentar el proyecto dentro del plazo que fije la Ley de habilitación. El plazo de aprobación de la Ordenanza y el plazo de depósito del proyecto de Ley pueden, pero no tienen por qué coincidir. El plazo de depósito puede vincularse, por ejemplo, a la fecha de publicación de la Ordenanza o, incluso, ser bastante posterior a la fecha tope de habilitación a fin de propiciar que haya un solo proyecto de Ley para todas las Ordenanzas aprobadas con base en una misma Ley de habilitación. En este último caso, es decir, si el plazo de habilitación se agota antes que el del depósito, la Ordenanza mantiene su vigencia como norma «administrativa» provisional hasta que concluya el plazo de presentación del proyecto de Ley de ratificación. De todos modos, hay que destacar algo que ya se puede deducir de lo dicho; el mero depósito del proyecto de ratificación no cambia la naturaleza jurídica de la Ordenanza. Ésta, críticas a parte, era norma administrativa y tras el depósito sigue siendo norma administrativa controlable por el Consejo de Estado; buena prueba de ello es la brevedad y la claridad que suele caracterizar al texto del proyecto<sup>43</sup>. Lo único que aporta el depósito es una prórroga en su vigencia, pues, si se lleva a cabo, la Ordenanza deja de ser norma administrativa provisional para convertirse en norma administrativa de vigencia potencialmente ilimitada, hasta que una Ley no la derogue<sup>44</sup>. Por eso, algunos autores prefieren llamar a este proyecto de Ley más que proyecto de ratificación, proyecto de no caducidad, ya que este término refleja de modo más expresivo su verdadero alcance<sup>45</sup>.

En el supuesto de que el proyecto no sea depositado, la Ordenanza pierde su vigencia con efectos retroactivos y la normativa anterior vuelve a resur-

202 y ss., P. EBRARD, *L'article 38...* ob. cit., pp. 259 y ss.; P. STILLMUNKES, *La classification...* ob. cit., pp. 261 y ss.; A. HAURIOU, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 857 y ss.; G. BURDEAU, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 581 y ss.; F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss.; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 715 y ss.; F. HAMON, *La loi...* ob. cit., pp. 34 y ss.

43. Aunque el proyecto puede ir más allá de la propuesta de ratificación e incluir cualquier otro contenido propio del dominio de la Ley, lo cierto es que suele responder a la siguiente fórmula: «Son ratificadas las Ordenanzas tomadas en aplicación de la Ley de habilitación x, cuyo listado se anexa a la presente Ley». Con ello se pretende únicamente lograr el objetivo de impedir que la caducidad tenga lugar, sin cerrar el paso, como veremos, a otros proyectos que, sin la premura de ajustarse a plazo alguno, acaben por ratificar la Ordenanza modificando su contenido. Véase, en estos mismos términos, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 131 y ss.

44. Estamos de nuevo suponiendo que la Ordenanza se mueve dentro de la reserva de Ley, pues si se ocupa de materias reglamentarias entonces resulta más discutible quién debe derogarla en ese punto. Para algunos autores (G. BURDEAU, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 581 y ss.; P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38...* ob. cit., pp. 199 y ss.) podría hacerlo el Reglamento, para otros (C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 193 y ss.) sólo si previamente un tribunal determina cuál es el contenido reglamentario de la Ordenanza. F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss., consideran que hasta que no se produzca la ratificación nadie podría modificar la materia reglamentaria de la Ordenanza, ni el legislador, porque se sale de su órbita, ni el Gobierno, porque ya ha concluido el plazo de habilitación. Ello lleva a L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., p. 718 a calificar la naturaleza de las Ordenanzas de indeterminada y cambiante.

45. Es el caso de C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 128 y ss.

gir, resultando de nuevo aplicable, según se desprende de la Decisión del Consejo Constitucional n.º 86-208 DC1986<sup>46</sup>. La explicación no es otra que entender que el efecto derogatorio de la Ordenanza, respecto de las Leyes que con anterioridad hayan regulado el dominio habilitado, está sujeto a una condición resolutoria: la caducidad de la Ordenanza<sup>47</sup>.

En definitiva, la mera presentación del proyecto asegura que la Ordenanza no caduque, pero no garantiza que la Ordenanza se convierta en Ley, ya que esto sólo tendrá lugar con una ratificación que puede tener su punto de arranque en el proyecto de no caducidad o en otro proyecto o proposición de Ley, cuya finalidad expresa o tácita sea esa. El Art. 38 CF exige el depósito para que la Ordenanza conserve su vigencia, pero no obliga a que el proyecto de no caducidad se discuta y vote. Esto, como veremos, rara vez ocurre, por lo que cualquier intento de control queda frustrado de raíz.

El Art. 86 CE, por su parte, prevé la posibilidad de que el Gobierno, en uso de una potestad legislativa propia que la misma Constitución le concede en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad, pueda dictar normas con rango de Ley bajo la denominación de Decretos-Leyes. Estas normas pasan por varias fases en su tramitación<sup>48</sup>. En un primer momento, el Decreto-Ley es aprobado por el Gobierno, sin delegación alguna y sin sujeción a ningún procedimiento específico. Una vez expedido por el Rey, con refrendo del Presidente del Gobierno, se publica oficialmente, siendo desde ese momento norma con rango de Ley, válida y aplicable, que genera los mismos efectos que la Ley formal, en lo que a su fuerza se refiere. Pero la vigencia del Decreto-Ley está condicionada. Como norma con rango de Ley fruto del Gobierno, el Decreto-Ley no puede permanecer en el ordenamiento por más de treinta días. Si quiere continuar en vigor, antes de que transcurran, tiene que activarse la fase de convalidación<sup>49</sup>. Se trata de someter al Decreto-Ley a un procedimiento especial y sumario, que se desarrolla en el Congreso, dónde, tras un debate y votación de totalidad, dicho órgano, sin introducir ninguna modifi-

46. Ello lleva a preguntarse si los actos de aplicación de la Ordenanza caducada son nulos retroactivamente. A tenor de lo dicho y de los efectos *ex tunc* que se aparejan a la caducidad habría que entender que sí. P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38...* ob. cit., pp. 199 y ss., parece apuntar esta posibilidad.

47. Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina. Sin embargo, F. LUCHAIRE, G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss. se niegan a conferir a la caducidad efectos retroactivos, pues, a su entender, la Ley derogada por una Ordenanza que luego caduca sigue derogada.

48. Así lo entiende I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...* ob. cit., pp. 202 y ss., al que se seguirá en la exposición, aunque otros autores que han estudiado estas disposiciones, (por todos, A. CARMONA, *La configuración constitucional...* ob. cit., pp. 229 y ss.), no creen que nos encontremos ante dos fases de un mismo procedimiento o ante diferentes momentos de una única norma, sino ante varias normas perfectas desde el origen y sometidas a distintos requisitos en lo que a su validez y vigencia se refiere.

49. Para J. SALAS, *Los Decretos-Leyes en la Constitución de 1978*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 86 y ss. y P. SANTAOLAYA, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 82 y ss., el Gobierno no tiene obligación de presentar el Decreto-Ley al Congreso. Éste, de oficio, inicia la fase de convalidación una vez publicado el Decreto en el Boletín oficial del Estado.

cación, se pronunciará, atendiendo a razones políticas y jurídicas, sobre si el Decreto-Ley debe perder o no su carácter condicionado. La decisión será publicada en el Boletín oficial del Estado como resolución del Presidente del Congreso.

En el caso de que la convalidación tenga lugar, el Decreto-Ley continúa siendo lo que era, norma con rango de Ley; con los mismos vicios que en origen hubiera podido incurrir. La única diferente es que ahora es fruto de un órgano complejo de dirección política —Gobierno más Congreso— y, sobre todo, ha perdido su condición de norma provisional, temporalmente limitada, por lo que su vigencia continuará por más de treinta días hasta que otra Ley o norma de su mismo rango lo derogue<sup>50</sup>.

En el supuesto de que en esos treinta días el Congreso no se pronuncie o lo haga en contra de la convalidación, el Decreto-Ley desaparece del ordenamiento, queda derogado. Los efectos de esa derogación deberán ser *ex nunc*, o sea, *pro futuro*, pues el Decreto-Ley fue norma válida y aplicable desde su aprobación, salvo que el Tribunal Constitucional hubiera dicho lo contrario<sup>51</sup>. Sin embargo no son pocos los que defienden que la provisionalidad del Decreto-Ley hace que sus efectos sobre la Ley anterior sean sólo suspensivos. De esta manera, si la convalidación se produce, adquirirán un carácter definitivo, mientras que, si lo que tiene lugar es la derogación del Decreto-Ley, revivirá la Ley anterior<sup>52</sup>. Sólo así, a través de la ficción de la suspensión, pueden salvar el tenor del Art. 2 CC que establece que «por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado».

Obviamente la convalidación tiene una naturaleza mixta<sup>53</sup>. Hemos puesto de relieve su naturaleza de acto con fuerza de Ley que incide en la vigencia del Decreto<sup>54</sup>, aunque también es acto de control político desarrollado por un

50. E. SORIANO, *Los Decreto-Leyes...* ob. cit., pp. 453 y ss.; P. SANTAOLAYA, *El régimen constitucional...* ob. cit., pp. 204 y ss.; A. CARMONA, *La configuración constitucional...* ob. cit., pp. 229 y ss.

51. A favor de los efectos *ex nunc* de la derogación, P. SANTAOLAYA, *El régimen...* ob. cit., pp. 211 y ss. e I. ASTARLOA, *Comentario al Art. 86*, O. ALZAGA, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1998, pp. 233 y ss. Por el contrario, J. SALAS, *Los Decreto-Leyes...* ob. cit., pp. 113 y ss. y M. CARRILLO, *El control parlamentario...* ob. cit., pp. 567 y ss., consideran que los efectos debería ser *ex tunc*, pues, de no ser así, el control del Congreso perdería eficacia y no se podrían exigir responsabilidades a los poderes públicos por las consecuencias que se derivan de una norma que, a su juicio, nunca debió de existir. Pero este efecto de nulidad de pleno derecho haría que la convalidación acabara afectando a la validez y no a la vigencia del Decreto, como la Constitución pretende, tal y como señala A. CARMONA, *La configuración...* ob. cit., pp. 229 y ss.

52. En este sentido, J. SALAS, *Los Decreto-Leyes...* ob. cit., pp. 118 y ss.; P. SANTAOLAYA, *El régimen...* ob. cit., pp. 211 y ss.; I. ASTARLOA, *Comentario al Art. 86...* ob. cit., pp. 233 y ss.; A. CARMONA, *La configuración...* ob. cit., pp. 229 y ss.; M. CARRILLO, *El Decreto-Ley...* ob. cit., pp. 47 y ss. y *El control parlamentario...* ob. cit., pp. 567 y ss.

53. Esta es la opinión también de P. SANTAOLAYA, *El régimen...* ob. cit., pp. 211 y ss. y de A. CARMONA, *La configuración...* ob. cit., pp. 229 y ss.

54. Así lo entienden, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...* ob. cit., pp. 203 y ss. y J. SALAS, *Los Decreto-Leyes...* ob. cit., pp. 93 y ss.

órgano parlamentario. Esta doble faceta es desconocida en Francia, pues, en tanto basta el mero depósito para que la Ordenanza devenga definitiva, se omite cualquier pronunciamiento parlamentario y con él cualquier tipo de control, sobre todo, si tenemos en cuenta, como ya apuntamos, que el proyecto de no caducidad no suele llegar a discutirse. La Ordenanza pierde su provisionalidad en el Parlamento, pero sin intervenir el Parlamento, ya que no se exige ningún debate ni votación sobre este asunto. Sin duda alguna en el Parlamento la mayoría decide y esa mayoría es la que respalda al Gobierno que aprueba la Ordenanza. Sin embargo, no es menos cierto que en el Parlamento las minorías deben ser escuchadas y este respeto a los menos se pone en entredicho cuando una norma «administrativa», que puede derogar una Ley aprobada conforme al procedimiento más democrático posible, se incardina en el ordenamiento de modo permanente, obviando cualquier control en el que las minorías puedan defender sus derechos.

Ordenanzas y Decreto-Leyes son, por tanto, normas provisionales que sólo alcanzarán estabilidad con un vigencia potencialmente ilimitada cuando se deposite en el Parlamento el proyecto de no caducidad de la Ordenanza y cuando se someta al Decreto-Ley a su convalidación por el Congreso. Procedimientos que persiguen una misma finalidad, pero con una intensidad bien distinta en lo que al papel de las minorías se refiere, pues las carencias democráticas que presentan los procedimientos de aprobación de la Ordenanza y de los Decretos-Leyes, en comparación con el procedimiento legislativo, sólo se superan en nuestro ordenamiento, y no así en el caso francés, cuestionando, desde una perspectiva político-jurídica, a la norma que pretende reemplazar a la Ley, a través de una convalidación que permite a las minorías intervenir activamente<sup>55</sup>.

## B) LA RATIFICACIÓN Y LA CONVERSIÓN: EL TRÁNSITO DE LA ORDENANZA Y DEL DECRETO-LEY A LA LEY FORMAL

Una vez depositado el proyecto de no caducidad, cabe la posibilidad de que la Ordenanza pueda sufrir un cambio en su naturaleza, abandonando la de norma administrativa para convertirse en Ley formal. No estamos, por lo tanto, ante una nueva fase en la larga vida de las Ordenanzas, que venga a integrarse en el procedimiento de elaboración de las mismas. Las Ordenanzas desde su aprobación son normas perfectas, presuntamente válidas y aplicables, y desde el depósito del proyecto de no caducidad son normas definitivas; ahí termina el iter procedimental de las Ordenanzas. Este nuevo proceso,

55. Estas carencias y el riesgo que suponen para un sistema parlamentario son puestas de manifiesto por J. M. BECET, *La pratique des ordonnances...* ob. cit., pp. 704 y ss.; B. MATHIEU, *Les rôles...* ob. cit., pp. 700 y ss.; P. EBRARD, *L'article 38...* ob. cit., pp. 259 y ss.; J. T. VILLAROYA, *El Art. 38...* ob. cit., pp. 49 y ss.

al que ahora aludiremos, que en Francia recibe el nombre de ratificación, tiene por única finalidad operar una transformación en la naturaleza de la Ordenanza y tal objetivo puede llevarse a cabo de formas muy diferentes, aunque siguiendo, en todo caso, los pasos propios del procedimiento legislativo ordinario. Una primera opción sería a través de la tramitación y posterior aprobación del proyecto de no caducidad que ya se había depositado. Una segunda, consistiría en presentar un proyecto o proposición de Ley de ratificación, diferente del proyecto de no caducidad y por tanto no sujeto a ningún plazo, en el que además de proponerse la transformación de la Ordenanza, se podría modificar su contenido e incluso incluir otras materias propias de la Ley que nada tengan que ver con la cuestión que nos ocupa. En ambos casos estaríamos ante lo que se conoce como ratificación expresa. Pero también podría darse una ratificación tácita, que tendría lugar en aquellos supuestos en que se apruebe un proyecto o proposición de Ley cuyo único contenido sea modificar la Ordenanza. Este tipo de ratificación, la más habitual, no contribuye precisamente a fomentar la seguridad jurídica y evita que el Parlamento entre a debatir el fondo de la Ordenanza y su respeto a los límites impuestos por la habilitación. Sin embargo, así todo, es admitida sin reparos por el Consejo Constitucional en sus Decisiones n.º 72-73 L 1972 y n.º 87-224 DC 1987, exigiendo en la primera que de la voluntad del legislador se deduzca de forma clara su intención de ratificar y en la segunda, en un intento de objetivación, que lo implique necesariamente.

Si el Parlamento rechazara el proyecto de ratificación y se negara a hacer suyo total o parcialmente el texto de las Ordenanzas, la consecuencia, según parece desprenderse de la Decisión del Consejo Constitucional n.º 86-208 DC 1986, sería la caducidad de lo rechazado con efectos retroactivos y subsiguiente aplicación de la normativa anterior que quedó en suspenso<sup>56</sup>. Sin embargo, esta solución parece cuestionable. En primer lugar, porque la Ordenanza podría seguir en vigor como norma «administrativa» con vigencia definitiva, en tanto el depósito del proyecto ha tenido lugar. Y en segundo lugar, porque introduce una diferencia injustificable entre la ratificación expresa y la tácita, pues el rechazo de ésta última no supondría la caducidad de la Ordenanza<sup>57</sup>.

Pero lo más normal es que, si se deciden a impulsarla, la ratificación salga adelante. En este caso, el Parlamento hace suya la Ordenanza, total o parcialmente, confirmando la habilitación que en su momento consintió. La ratificación da a la Ordenanza valor de Ley desde su publicación, sustrayéndola al control del Consejo de Estado, hasta el punto de tener que interrumpirse la resolución de cualquier recurso contencioso interpuesto en su contra, pues la Ordenanza ratificada, como Ley que es, ya no tiene porqué respetar los tér-

56. Sobre este particular, consúltense, P. EBRARD, *L'article 38...* ob. cit., pp. 259 y ss.; B. MATHIEU, *Les rôles...* ob. cit., pp. 700 y ss.; F. HAMON, *La loi...* ob. cit., pp. 34 y ss.; J. GICQUEL, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 598 y ss.

57. C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 146 y ss.

minos de la habilitación<sup>58</sup>. La Ley de ratificación absorbe, por decirlo así, a la Ordenanza, reemplazándola y le ofrece un nuevo rango con unas nuevas exigencias en lo que a su validez se refiere. Los vicios específicos de la Ordenanza como tal, ya sean formales o competenciales, quedan sanados con su conversión en Ley y los vicios de fondo que pudieran ser comunes a la Ordenanza y a la Ley se mantienen tras la conversión, a la espera de que el órgano al que le corresponda los depure cuando enjuicie el proyecto de Ley de ratificación.

También el Decreto-Ley, tan pronto es convalidado<sup>59</sup>, puede someterse en el mismo plazo de treinta días, a un procedimiento que supondrá su transformación en Ley; es la conversión. Conversión expresa en Ley<sup>60</sup> de un Decreto-Ley; que, igual que sucede en Francia con las Ordenanzas, es norma perfecta desde su aprobación, sin que; por tanto, la conversión genere ninguna otra consecuencia que la ya indicada; de ahí su carácter potestativo, al margen de la elaboración del Decreto-Ley.

Tramitada conforme al procedimiento legislativo ordinario, la única peculiaridad de la conversión, como procedimiento específico, radica en que su punto de partida no es un proyecto de Ley con el mismo contenido del Decreto-Ley, sino que es el propio Decreto-Ley el que se utiliza como proyecto de Ley. Un proyecto especialísimo, puesto que es el único caso en que, antes de su aprobación, ya es aplicable como norma con rango de Ley<sup>61</sup>. A partir de

58. Sobre los efectos de la ratificación, véanse, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 209 y ss.; P. EBRARD, *L'article 38...* ob. cit., pp. 259 y ss.; P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38...* ob. cit., pp. 199 y ss.; L. FAVOREU, *Ordonnances...* ob. cit., pp. 686 y ss.; B. MATHIEU, *Les rôles...* ob. cit., pp. 700 y ss.; A. HAURIU, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 857 y ss.; J. GICQUEL, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 598; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 715 y ss.; F. HAMON, *La loi...* ob. cit., pp. 34 y ss.; P. BON, *Les délégations...* ob. cit., pp. 463 y ss.; C. DEBBASCH, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 1701 y ss. Sólo G. BURDEAU, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 581 y ss. atribuye, en principio, a la ratificación efectos pro futuro; sin embargo en su posterior obra colectiva, *Manuel...* ob. cit., pp. 706 y ss., junto a F. HAMON y M. TROPER, termina por reconocerle efectos retroactivos.

59. Realmente convalidación y conversión son dos procedimientos sucesivos, porque así lo han establecido los Reglamentos parlamentarios, pues la Constitución tampoco prohíbe que pudieran ser procedimientos alternativos, al perseguir finalidades distintas e independientes entre sí.

60. En puridad, y desde los presupuestos que aquí van a mantenerse, quizás también fuera posible hablar entre nosotros de una conversión tácita, que tendría lugar cuando se ejerciera la potestad legislativa ordinaria, presentando un proyecto o una proposición de Ley que tuviera un contenido coincidente con el del Decreto-Ley.

61. Así lo entiende I. DE OTTO, *Derecho constitucional...* ob. cit., pp. 206 y ss. Sin embargo, la mayoría de la doctrina (J. SALAS, *Los Decreto-Leyes...* ob. cit., pp. 122 y ss.; I. ASTARLOA, *Art. 86...* ob. cit., pp. 235 y ss.; A. CARMONA, *La configuración...* ob. cit., pp. 283 y ss.) considera que Decreto-Ley y proyecto de Ley son dos actos normativos diferentes que comparten un mismo contenido. La Ley que resulta de la posterior aprobación del proyecto derogará al Decreto-Ley y ambas normas podrán ser objeto de examen independiente conforme a los criterios de validez que constitucionalmente se determinan para cada una de ellas. Ello lleva a preguntarse, como hace I. DE OTTO, cuál es entonces la utilidad del procedimiento de conversión y el sentido de su reconocimiento singular en el Art. 86.3, cuando permite hacer lo mismo que si ejerciéramos la potestad legislativa ordinaria del Art. 66.2 CE.

este momento, como se ha señalado, el proyecto sigue con toda normalidad el curso de su tramitación, primero en el Congreso y luego en el Senado, admitiéndose la presentación de enmiendas de adición, supresión y modificación al texto del Decreto-Ley en su redacción original dada por el Gobierno y concluyendo, si procede, con su aprobación como Ley, que será sancionada y promulgada por el Rey para ser objeto de publicación oficial. Esta Ley no deroga en sentido estricto al Decreto-Ley, sino que es el mismo Decreto-Ley transformado. Por eso la Ley sustituye al Decreto-Ley en aquella parte de su contenido que ha incorporado, mientras que aquello que no recoge se entiende rechazado. Si tras la conversión sólo hay una norma, la Ley que absorbió al Decreto-Ley, los vicios que son propios de éste y en los que en su momento pudo incurrir desaparecen, pues la Ley no está sometida a las limitaciones impuestas por el Art. 86 CE. Ahora bien, de lo que se trata es de determinar si la Ley sana los vicios del Decreto-Ley con o sin efectos retroactivos. Si se mantiene que en la conversión las Cortes no sólo legislan pro futuro, sino que controlan el pasado de un Decreto-Ley que utilizan como proyecto de Ley con vigencia anticipada, haciendo suya desde ese momento total o parcialmente la voluntad que el Gobierno reflejó en el Decreto-Ley, pudiendo incluso rechazarla, no cabe duda que sus efectos se retrotraen al momento de aprobación del Decreto, sin que ello suponga fraude alguno<sup>62</sup>.

Si observamos comparativamente la ratificación francesa y la conversión española, resulta especialmente paradójico que, no viendo la ratificación como un procedimiento distinto al legislativo ordinario, cuando podrían hacerlo con base en el Art. 38 CF que le da una sustantividad propia, le confieren, sin embargo, efectos retroactivos sin que sea fácil su justificación, pues la Ley de ratificación tiene su arranque en un proyecto que no es la Ordenanza, sino que reproduce su contenido con mayor o menor exactitud. Por ese motivo, la Ley debiera, bien derogar la parte de la Ordenanza que no incorpora, sin que ello tenga porqué significar necesariamente que lo no asumido fue nulo ab initio, bien hacer suya aquella parte que incorpora, sin que tenga porqué sanar retroactivamente los vicios de la norma administrativa, ya que se limita a incluir en el texto de la Ley un contenido con ella coincidente. Quizás la explicación se encuentre en que, al margen de cuál sea la norma que se utilice como punto de partida, se atribuye al procedimiento de ratificación otra función distinta a la meramente legislativa como es la de control, sin el temor de que los posibles vicios en que hubiera podido incurrir la Ordenanza queden impunes, puesto que el único vicio que podría sanar la Ley sería la extralimi-

62. Es la posición de I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...* ob. cit., pp. 206 y ss. Quienes, por el contrario, consideran que Decreto-Ley y Ley son normas diferentes, creen que los efectos de la ley no pueden ser retroactivos, porque, efectivamente, si así fueran, los presuntos vicios en los que pudiera incurrir el Decreto-Ley como tal quedarían impunes. Así lo entienden, J. SALAS, *Los Decretos-Leyes...* ob. cit., pp. 122 y ss.; I. ASTARLOA, *Art. 86...* ob. cit., pp. 235 y ss.; A. CARMONA, *La configuración...* ob. cit., pp. 283 y ss.; M. CARRILLO, *El control...* ob. cit., pp. 567 y ss., y, desde otra perspectiva, P. SANTAOLAYA, *El régimen...* ob. cit., pp. 218 y ss.

tación de la Ordenanza respecto de la habilitación, por incidir ya sea en materias del dominio de la ley distintas de las previstas, ya sea en materias reglamentarias. En el primer caso el exceso no sancionado por el Consejo de Estado volvería en último término a ser regulado por el órgano al que constitucionalmente le corresponde y en el segundo la ampliación de la «reserva legal» constitucionalmente establecida sería corregida, como veremos, por el Consejo Constitucional a través del procedimiento del Art. 37 CF.

El contenido de la Ordenanza ratificada se presume legislativo en su conjunto, por lo que, en principio, sólo podrá ser modificado o derogado por Ley y será nulo el Reglamento que pretenda alterar aquellos aspectos de la Ordenanza, que, en opinión del Gobierno, se ocupan de materias propias del dominio reglamentario<sup>63</sup>. Sin embargo, esa presunción puede romperla el Consejo Constitucional por el juego del Art. 37 CE<sup>64</sup>. Es imprescindible, por tanto, que el Consejo Constitucional opere una degradación de la Ley de ratificación, deslegalizando la materia reglamentaria que aparece bajo ropaje legal, para que a partir de ese momento lícitamente un Reglamento pueda llevar a cabo su tratamiento jurídico, tal y como ocurrió en la Decisión del Consejo Constitucional n.º 87-224 DC 1987<sup>65</sup>. La activación del procedimiento de deslegalización corresponde al Presidente del Gobierno cuando quiera ejercer su potestad reglamentaria. Antes de aprobar el Decreto lo remitirá al Consejo de Estado, que renunciará a pronunciarse sobre el mismo hasta que el Consejo Constitucional no declare la naturaleza reglamentaria de la disposición de la Ley de ratificación que el Decreto quiere modificar. Con este objeto el Presidente del Gobierno se dirigirá, sin límite temporal, a tal órgano, que, utilizando como parámetro las disposiciones del bloque de la constitucionalidad, determinará con valor de cosa juzgada su naturaleza legal o reglamentaria. La norma objeto de control sigue siendo válida y aplicable, pero, gracias a la delimitación de los dominios legislativos y reglamentarios operada por el Consejo Constitucional, éste fija cuál es la naturaleza de sus distintas disposiciones y, por consiguiente, qué normas deben llevar a cabo su modificación, la Ley o el Reglamento.

63. Sólo P. MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'article 38... ob. cit.*, pp. 199 y ss., considera que la ratificación da valor legislativo exclusivamente a las disposiciones de la Ordenanza que tengan esa naturaleza.

64. «Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la Ley. Los textos con forma de Ley referentes a dichas materias podrán ser modificados por Decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado. Los textos de este carácter que se aprobaran después de la entrada en vigor de la presente Constitución sólo podrán ser modificados por Decreto si el Consejo Constitucional hubiera declarado que tienen carácter reglamentario en virtud del apartado anterior».

65. Así lo defienden C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances... ob. cit.*, pp. 220 y ss.; J. GICQUEL, *Droit Constitutionnel... ob. cit.*, pp. 598 y ss.; P. BON, *Les délégations... ob. cit.*, pp. 463 y ss.; F. LUCHAIRE y G. CONAC, *La Constitution... ob. cit.*, pp. 519 y ss. Pero, para un análisis en profundidad de este asunto, consúltese imprescindiblemente L. FAVOREU, *La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil Constitutionnel, Mélanges offerts à Marcel Waline, Tome II, Librairie générale de Droit et de la Jurisprudence, Paris, 1974*, pp. 429 y ss.

Una vez absorbida por la Ley de ratificación, la Ordenanza, como tal, ya no es susceptible de ningún tipo de control. El único control posible se centra en la única norma existente en ese momento; no es otra que el proyecto de Ley de ratificación aprobado por el Parlamento. Como Ley, su enjuiciamiento corresponde al Consejo Constitucional y cuando éste desarrolle su control previo de constitucionalidad, indirectamente estará controlando a la Ordenanza, en tanto su contenido, total o parcialmente, es coincidente<sup>66</sup>. La declaración de inconstitucionalidad del proyecto de Ley de ratificación no debiera significar la automática desaparición de la Ordenanza<sup>67</sup>, puesto que la naturaleza preventiva, y no reparadora, del control efectuado por el Consejo Constitucional haría que el proyecto de Ley de ratificación aprobado por el Parlamento no llegara a entrar en vigor, pero, en tanto ha sido depositado, la Ordenanza perviviría como norma «administrativa» sujeta a la jurisdicción ordinaria, que podría declarar su nulidad, si aprecia que contraría a la Constitución tanto como el proyecto que pretendía ratificarla.

Así pues, la Ordenanza puede quedar sujeta a un doble control, el directo del Consejo de Estado y el indirecto del Consejo Constitucional. Si bien no hay que olvidar que, en uno y otro caso, las normas de referencia a utilizar por los dos órganos son bien distintas, pues si el Consejo de Estado, sobre todo, comparará la Ordenanza con la Ley de habilitación, el Consejo Constitucional contrastará la Ley de ratificación exclusivamente con el bloque de la constitucionalidad, ya que sólo la Ordenanza está sujeta a la Ley de habilitación y el Parlamento con su ratificación sanó retroactivamente cualquier vicio en el que hubiera podido incurrir en este sentido<sup>68</sup>.

Por su parte, el control de los Decreto-Leyes, una vez convertidos, corresponde al Tribunal Constitucional. El alto Tribunal no sólo admite su control indirecto, a través del enjuiciamiento de la Ley de conversión, como parecería lógico, si pensamos que tal norma sustituye/deroga al Decreto-Ley y que al no

66. Tal es la preocupación que despierta este control indirecto de la Ordenanza por parte del Consejo Constitucional que, con el objeto de evitarlo, ha surgido la práctica de sustituir la Ley de ratificación, cuyo proyecto se deposita sin llegar nunca a aprobarse, por otra Ley que valida los artículos de la Ordenanza no ratificada, sin alterar su naturaleza jurídica. Sobre esta corruptela, véase L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel...* ob. cit., pp. 715 y ss. y de un modo más general B. MATHIEU, *Une nouvelle catégorie de textes de forme législative: les actes administratifs validés (À propos de la décision n.º 85-140 L. du 24 juillet 1985 du Conseil Constitutionnel)*, *Revue française de Droit administratif*, n.º 2, 1986, pp. 831 y ss.

67. No parece entenderlo así el Consejo Constitucional en su Decisión n.º 86-208 DC 1986, ni parte de la doctrina, por todos, L. FAVOREU, *Ordonnances...* ob. cit., pp. 686 y ss. Sin embargo, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 150 y ss. y F. LUCHAIRE y G. CONAC, *La Constitution...* ob. cit., pp. 519 y ss. ponen en entredicho esta posibilidad por las razones que se apuntan en el texto.

68. Véanse, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 215 y ss.; J. GICQUEL, *Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 596 y ss.; P. BON, *Les délégations...* ob. cit., pp. 463 y ss.; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J. L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel...* ob. cit., pp. 718 y ss.; B. MATHIEU, *Les rôles...* ob. cit., pp. 700 y ss.

existir éste cualquier recurso en su contra carecería de objeto. Es posible, así mismo, un control directo sobre el Decreto-Ley cuando se impugnen vicios que le son propios y que no han sido asumidos, por así decirlo, por la Ley de conversión, pues, de lo contrario, los hubiera sanado, como el propio Tribunal reconoce en sus SSTC 111/1983 y 182/1997. Sin embargo, si los presuntos vicios del Decreto-Ley fueron incorporados por la Ley de conversión y se trata de vicios en los que también ella puede incurrir, será en tal caso la Ley la que deberá ser susceptible de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional.

## 5. CONCLUSIONES

Las nuevas exigencias impuestas por unos Estados que no sólo se consideran de derecho, sino también sociales y democráticos, obligan a las actuales Constituciones a potenciar el papel del Gobierno en detrimento del Parlamento, para lograr una mayor eficacia a través de una racionalización de las diferentes instituciones. Es lo que ocurre en España, cuando se reconoce al Gobierno potestad legislativa, propia o delegada, que le permitirá aprobar Decretos-Leyes y Decretos legislativos, y en Francia, cuando a través de la técnica de la distribución de materias se concede un ámbito normativo propio al Gobierno dentro del cuál sus Reglamentos serán tan fuentes primarias como las Leyes en su espacio respectivo o cuando se admite que una Ordenanza gubernamental incida en contenidos legislativos derogando a la Ley que previamente los haya regulado.

Si bien en nuestro sistema se ha aceptado sin demasiadas reticencias que el Gobierno pueda ejercer en determinadas circunstancias potestad legislativa, no ha sido así en el caso de Francia.

Desde nuestra perspectiva, la existencia de normas gubernamentales, que ocupan la misma posición de preferencia entre las fuentes que el principio democrático asigna a la Ley, no despierta suspicacias, porque, de una parte, el Gobierno que las aprueba cuenta con la legitimación democrática que le aporta el aval de la mayoría parlamentaria que lo respalda y, de otra, tales normas estarán sometidas a la Constitución y al control del Tribunal Constitucional de igual modo que lo está la Ley.

Sin embargo en Francia los recelos son mucho mayores. Aún reconociendo que la Constitución de 1958 supuso el declive de la Ley mediante su definición material y con ella una cierta decadencia del Parlamento y la consiguiente revalorización del Gobierno, no se acaba de admitir que éste pueda ejercer potestad legislativa a través de unas Ordenanzas, que, por el contrario, son vistas como un instrumento de extensión de su potestad reglamentaria. Entre las razones que llevan a explicar esta postura, mucho hay de negativa a abandonar conceptos tradicionales, fuertemente arraigados en el constitucionalismo francés, como la idea de Ley como expresión de la voluntad general o el mismo principio de separación de poderes, cuando en su sentido clásico

ya no existen y debieran ser reformulados a partir de los datos que la vigente Constitución ofrece. No obstante, más allá de estos lastres, también se esgrimen otras razones de índole práctico en contra de la naturaleza legislativa de las Ordenanzas. Reconocer que las Ordenanzas no ratificadas son normas con rango de Ley supondría privarlas de cualquier control jurisdiccional, ya que ni siquiera cabría el control previo que pudiera dispensar el Consejo Constitucional, pues éste se reserva a los proyectos de Leyes formales. Por lo tanto, el único modo de fiscalizarlas y de que el Gobierno no pueda disponer a su antojo del fruto del ejercicio de la voluntad parlamentaria es considerarlas normas reglamentarias, sometidas al enjuiciamiento del Consejo de Estado y al posterior visto bueno del Parlamento.

Pero todas estas precauciones son infructuosas. La intervención parlamentaria resulta en gran manera devaluada y el Gobierno puede tener en la Ordenanza lo que tanto se temía, un factor de desequilibrio de poderes, o, lo que es lo mismo, un arma para inmiscuirse en el ámbito de la Ley sin ningún tipo de cortapisa. La Ley de habilitación, como hemos visto, autoriza al Gobierno a dictar en uso de su potestad reglamentaria una Ordenanza que disfruta de fuerza activa y carece de fuerza pasiva respecto de la Ley. Sólo la evolución de la jurisprudencia del Consejo Constitucional, exigiendo que la Ley de habilitación se tramite conforme al procedimiento legislativo ordinario y reúna unas mínimas exigencias de fondo que definan con precisión el objeto de la autorización, ha permitido establecer algún límite a la actuación de un Gobierno que ha usado el mecanismo de las Ordenanzas para abordar la regulación de cuestiones no sólo complejas o urgentes, sino, principalmente, polémicas e impopulares, obviando a Parlamentos que le pueden resultar incómodos y evitando las críticas de la oposición. Ese es el peligro real de las Ordenanzas. Las Ordenanzas no son una amenaza por ser fruto de un Gobierno que carece de legitimación democrática directa, sino por ser norma que, incidiendo en el dominio de la Ley, es aprobada conforme a un procedimiento que no goza del plus democrático que ofrece el procedimiento legislativo ordinario, sin que esa carencia se salve luego con una intervención cierta del órgano parlamentario. Con las Ordenanzas se prescinde de las minorías, pues, una vez aprobadas, adquieren la consideración de normas definitivas con el mero depósito de un proyecto de ratificación, sin que tenga que discutirse en sede parlamentaria. Ello hace que la caducidad no pueda ser vista como la sanción que el Parlamento impone tras haber controlado a la Ordenanza, sino como el incumplimiento de una obligación meramente formal por parte del Gobierno<sup>69</sup>. Mientras, las Ordenanzas modifican y derogan unas Leyes que no son, como ellas, fruto de la mayoría, sino expresión de pluralismo, publicidad y debate. Si las Ordenanzas, en último término, no quieren ser una merma para los derechos de las minorías, se debe concebir la Ley de habilitación

69. C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 320 y ss.

como una verdadera Ley de delegación con todas las garantías que suelen rodear a éstas y se debe reforzar el posterior control parlamentario, sin escamotear la discusión del proyecto de no caducidad. Ello contribuiría a reducir los reparos que podría inspirar su consideración como normas provisionales con rango de Ley, dictadas por el Gobierno en uso de una potestad legislativa delegada, que adquieren vigencia definitiva con el depósito de un proyecto de no caducidad que debería someterse, al menos, a debate parlamentario<sup>70</sup>. Reparos que desaparecerían totalmente si, además, tal y como se intentó en 1990, el Consejo Constitucional pudiera someter a control previo a las Ordenanzas, tan pronto fueran aprobadas por el Gobierno<sup>71</sup>. Pero, posiblemente, siendo realistas, estos cambios supondrían el fin de las Ordenanzas, pues el Gobierno, al no contar ya con ninguna ventaja, renunciaría al procedimiento del Art. 38 CF y se decantaría por poner en marcha el procedimiento legislativo ordinario.

70. Pudiera pensarse que si la Ordenanza tuviera rango de Ley desde el inicio, la fase de ratificación perdería su sentido. No tiene porque ser así, si se concibe como una conversión de norma con rango de Ley en Ley formal; como una transformación en otra norma sometida a diferentes condiciones de validez.

71. En 1990 se propuso la reforma, posteriormente rechazada, de varios preceptos de la Constitución francesa para mejorar las garantías relativas al régimen de las Ordenanzas. Así, el texto alternativo al vigente Art. 13 CF disponía lo siguiente: «El Presidente de la República firma las Ordenanzas en los quince días siguientes a su adopción en Consejo de ministros. Puede, antes de la expiración de este plazo, diferir las Ordenanzas al Consejo Constitucional, que se pronunciará en un plazo de ocho días sobre su conformidad con la Constitución. El procedimiento ante el Consejo Constitucional suspende el plazo de la firma». La introducción de este precepto hubiera supuesto una alteración en las relaciones Consejo de Estado-Consejo Constitucional y un cambio en el parámetro a utilizar por este último, que se vería obligado a integrar en el bloque de la constitucionalidad a las leyes de habilitación, como pone de manifiesto C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances...* ob. cit., pp. 320 y ss., pero el objetivo de que las Ordenanzas, como normas con rango de ley, no queden fuera de control, se hubiera logrado.