

Los controles de la legislación delegada

Ignacio GUTIERREZ GUTIERREZ

La legislación delegada, por su carácter fronterizo dentro del sistema de fuentes, entre la Ley y el Reglamento, es un instituto particularmente significativo. Su peculiaridad se refleja de modo especial en los controles que recaen sobre ella; de la detallada regulación constitucional de la legislación delegada, el artículo 82.6 quizá sea la cláusula más problemática. Las dificultades planteadas por tales controles han sido superadas ordinariamente a través de la asimilación del Decreto Legislativo al Reglamento. Entre otros efectos, esta tesis ha llevado a atribuir el control de su validez a los Tribunales ordinarios, y a excluir ciertos controles parlamentarios que se consideran propios del Decreto-Ley. Pero ambas conclusiones son dudosas.

Constituye el objeto directo de este trabajo¹, de un lado, precisar el alcance de las competencias del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios en el control de los Decretos Legislativos; de otro, identificar, entre los controles adicionales imaginables, cuáles resultan compatibles con el instituto de la legislación delegada. No obstante, también en este limitado ámbito de estudio se reflejan algunos problemas generales del régimen parlamentario, en concreto la tendencia a fortalecer los poderes normativos del Gobierno en el contexto del Estado social y de su crisis. También en los pequeños debates sobre cuestiones quizá marginales se plantean los grandes conflictos.

I. La consideración de la legislación delegada como una de las manifestaciones de la potestad reglamentaria del Gobierno tiene su origen en la doctrina preconstitucional, representada sobre todo por el estudio que García de Enterría publica en 1970. Con esta tesis se procuraba evitar que la legislación delegada gozara de la exención del control jurisdic-

cional, característica entonces de las normas procedentes de la potestad legislativa².

Mas la función práctica de la construcción dominaba sobre el rigor dogmático. Jiménez Campo desarrolla en 1981³ una crítica ya apuntada en 1974 por Gil-Robles⁴; de acuerdo con ella, la tesis mencionada encierra una petición de principio. La legislación delegada tendría rango reglamentario si se constatará en ella un exceso respecto de la Ley delegante, el llamado *ultra vires*. Esta constatación es el resultado eventual de un enjuiciamiento, para el cual sólo es competente la jurisdicción ordinaria si la norma tiene, ya antes, rango reglamentario. Uno de los posibles resultados del juicio aparece, pues, como presupuesto necesario para el juicio mismo.

La Constitución permite eludir la alternativa entre la ruptura de la lógica y la exención del control. La solución consistiría en atribuir al Tribunal Constitucional el control de los Decretos Legislativos *ultra vires*. En efecto, la infracción de la Ley delegante produce una verdadera y propia invalidez; sólo a través de la constatación de tal invalidez la norma delegada pierde su eficacia⁵. Y el *monopolio* del Tribunal Constitucional para rechazar la validez de las normas con rango de Ley es un dato suficientemente singularizado en nuestra Constitución⁶. Por esta razón, tampoco cabe invocar la pretendida escisión entre los controles de ilegalidad y de inconstitucionalidad para fundar el control de la jurisdicción ordinaria en materia de *ultra vires*⁷. Tal distinción no está reconocida en nuestro ordenamiento, al menos para las normas con rango de Ley; y, por lo demás, se enfrentaría con objeciones sustanciales.

En definitiva, la Constitución parece imponer que la relación de los jueces con los Decretos Legislativos posteriores a la Constitución sea idéntica a la que los vincula a las Leyes. Podrían sólo interpretarlos y aplicarlos al caso concreto. Si los estimaran

¹ Resume la Tesis doctoral del mismo título, dirigida por A. López Pina y defendida el pasado 30 de septiembre, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ante A. Nieto, J. De Esteban, J. Asensi, M. A. García Herrera y P. J. González-Treviño. La atención que merecen las ricas sugerencias entonces recibidas no debería demorar en exceso su publicación.

² E. García de Enterría, «Legislación delegada y control judicial», en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1970. El prólogo actualiza la edición de 1981, que por lo demás se presenta como «incambiada» (pág. XVII) o «no adaptada» (pág. XX). En su contexto similar, E. Tosato había buscado el mismo resultado a través de una construcción parcialmente distinta (*Le leggi di delegazione*, Padova: CEDAM, 1931).

³ J. Jiménez Campo, «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos», *RDP*, n.º 10, págs. 84 ss. Cfr. asimismo I. de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, págs. 190 ss.; e I. Fernández González,

«El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos», *Poder Judicial*, n.º 24, págs. 34 s.

⁴ A. Gil-Robles, «El control de legalidad de las normas con valor de Ley. Notas sobre un criterio jurisprudencial», *REDA*, n.º 3.

⁵ Sin embargo, de acuerdo con la reciente sugerencia de J. Jiménez Campo, los jueces ordinarios podrían invocar directamente la ineficacia del Decreto Legislativo *ultra vires* para no aplicarlo («Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad»), en P. Cruz Villalón, J. Jiménez Campo, L. López Guerra, P. Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 33).

⁶ Cfr., por todos, M. A. Aparicio Pérez, «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional», *RCEC*, n.º 3, págs. 56 ss.

⁷ Argumento utilizado, entre otros, por C. J. Entrena Palomeiro, «La Constitución española y el control de la legislación delegada», en AA.VV., *La Constitución y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, págs. 687 ss.; en I. Fernández González, *op. cit.*, en n.º 3, págs. 32 ss.

inválidos, habrían de remitirlos al Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, esta interpretación ha sido rechazada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, y casi unánimemente⁸ por la doctrina, aduciendo un solo argumento. La misma Constitución, al mencionar en su artículo 82.6 a «los Tribunales», en plural, sugiere que corresponde a la jurisdicción ordinaria alguna competencia de control. Su alcance no es definido por la Constitución, ni tampoco por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 27.2 alude a ella menos directamente. Pero, con la interpretación apuntada, el sentido del término *Tribunales* quedaría disminuido hasta límites seguramente inaceptables. Entretanto no se modifique la Constitución, es obligado suponer que los Tribunales ordinarios ejercen sobre los Decretos Legislativos competencias de control diferentes de las que les corresponden frente a las Leyes.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia identifican estas competencias a través de la noción de *ilegalidad*. Oponiéndola a la *inconstitucionalidad*, sería posible, aunque no sencillo⁹, separar las competencias de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal Constitucional. Pero tal separación presentaría indudables inconvenientes prácticos; el Tribunal Constitucional no podría compensar ni corregir el uso indebido de los poderes de control sobre normas con rango de Ley atribuidos a los jueces¹⁰. Por ello ha de valorarse positivamente que el Tribunal Constitucional, desde la STC 51/1982 a la reciente STC 205/1993, afirme su propia competencia en caso de *ultra vires*, aun en concurrencia con la competencia de los Tribunales ordinarios. La confusión de competencias, sin embargo, también entraña riesgos; la aplicación de algunas propuestas racionalizadoras¹¹ podría disminuirlos, pero nunca eliminarlos por completo.

Si en la doctrina mayoritaria no se encuentra respuesta sólida para los problemas que plantea el control judicial de la legislación delegada, tampoco la doctrina crítica ha fundado suficientemente una propuesta alternativa. El reto consiste en hallar un sistema de competencias que respete, al tiempo, la lógica de nuestro sistema de justicia constitucional

concentrada y las exigencias derivadas del plural «Tribunales».

II. La crítica a la doctrina mayoritaria remite, si se desarrolla coherentemente, a una cuestión recurrente en los estudios sobre el sistema de fuentes: qué criterios identifican a la Ley.

Si la Ley fuera simplemente el producto de la voluntad de las Cortes Generales expresada a través de un determinado procedimiento, la legislación delegada podría resultar un absurdo constitucional. No tendría sentido una norma producida por el Gobierno como Ley o, al menos, con el régimen de las Leyes. Sin embargo, en la doctrina relativa a la identificación de las fuentes se constatan algunos criterios distintos. Así ocurre con la introducción por parte de Rubio Llorente de elementos materiales en la noción de Ley¹²; o, desde otra perspectiva, cuando De Otto, aun manteniendo los conceptos formales, relativiza la diferencia política entre Ley y Reglamento, al tiempo que sustantiva las respectivas posiciones procesales¹³.

Ambas sugerencias son útiles a la hora de encarinar la legislación delegada en el sistema de fuentes. Mas, antes de progresar por esta vía, conviene precisar algunos argumentos, referidos a la forma de gobierno, cuyo sentido ha cambiado con el transcurso del tiempo. Como fundamento de la aparición de la legislación delegada se invoca el fortalecimiento de la legitimación directa del Gobierno, pues le permite producir Derecho de rango superior al reglamentario. Sin embargo, hoy es posible que la legislación delegada cumpla su función en un régimen rigurosamente parlamentario, ofreciendo a las Cortes instrumentos de dirección efectiva de la actividad normativa del Gobierno¹⁴.

Los modelos de polaridad entre Gobierno y Parlamento se corresponden con el paradigma franco-alemán de sistema de fuentes. De acuerdo con su imagen más difundida¹⁵, el ámbito del Reglamento independiente e incluso autónomo y las posibilidades del Reglamento o la materia reservada son los indicadores de la fortaleza del Gobierno, aparte la posibilidad de que éste imponga su voluntad al Parlamento en el curso del procedimiento legislativo. La

⁸ Entre las escasas excepciones, cfr. E. Virgata Foruria, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos Legislativos como normas con rango incondicionado de Ley*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, págs. 175 s.; y J. L. Requejo Páges, «El sistema de fuentes», en F. J. Bastida Freijeiro, J. L. Requejo Páges, *Cuestionario comentado de Derecho constitucional. El sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*, Barcelona: Ariel, 1991, págs. 122 ss.

⁹ Cfr. las dificultades en J. Jiménez Campo, *op. cit.* en n.º 3, págs. 92 ss.

¹⁰ El camino se abriría tanto para el activismo judicial que teme l. De Otto, *op. cit.* en n.º 3, pág. 193, como para la pasividad de los jueces ante normas cuyo rango de Ley les invita a aplicarlas críticamente.

¹¹ T. Quadra-Salcedo, «La delegación legislativa en la Constitución», en VV.AA., *Estudio sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Vol. I*, Madrid: Civitas, 1991, págs. 397 s. J. J. Lavilla Rubira, «Consideraciones en torno al ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 113, págs. 311 s.

¹² F. Rubio Llorente, «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de

Ley. (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», en A. Baratta, D. Grimm, F. Rubio Llorente y otros, *Las fuentes del Derecho*, Barcelona: Anuario de la Facultad de Derecho-Estudi General de Lleida, 1983.

¹³ l. De Otto, *op. cit.*, en n.º 3, capítulos VII, IX, X y XI.

¹⁴ Cfr. las observaciones concretas de E. Palici Di Suni, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Milán: Giuffrè, 1988, págs. 36, 65, 74 ss., 83 s., 103 s. y 115.

¹⁵ Cfr., entre otros muchos, A. Garronera Morales, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 21 ss.; J. Pérez Royo, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en AA.VV., *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona: Diputació de Barcelona, 1985, págs. 97 ss.; R. García Macho, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Barcelona: Ariel, 1988, págs. 29 ss. y 86 ss.; J. M. Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid: Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, págs. 42 ss.

legislación delegada en sentido estricto, que contiene normas gubernamentales con rango de Ley, parece un elemento extraño en este modelo.

Por el contrario, en el régimen parlamentario británico se diferencian los tipos de normas gubernamentales, aunque todas reciban la misma denominación genérica. Y, de modo especial, la práctica del parlamentarismo en Italia, examinada recientemente por Staiano¹⁶, acredita un desarrollo diferenciado e intensísimo de la legislación delegada, que sirve para que la doctrina más sensible a los equilibrios institucionales se oponga a las tendencias expansivas de la potestad reglamentaria¹⁷. Este desarrollo está íntimamente vinculado, por cierto, a la atribución exclusiva a la Corte Constitucional del control de validez de los Decretos Legislativos¹⁸.

No son incompatibles, pues, una noción de Ley adecuada al régimen parlamentario y el fenómeno de la legislación delegada. Es más, la noción de Ley conforme con nuestra Constitución debe tener en cuenta la legislación delegada. Al efecto, puede apoyarse en el rango común a diversos tipos de normas¹⁹. Dado que resulta imposible vincular el rango unívocamente a un órgano determinado, se debe asociar a una función materialmente definida. Así, el rango de Ley hace referencia a la función materialmente legislativa, desempeñada por el Parlamento o, en su caso, por el Gobierno mediante Decretos-Leyes y Decretos Legislativos²⁰.

La función legislativa resulta necesariamente abierta, porque la Constitución no contempla la reserva reglamentaria. Pero contribuye a identificar su contenido la reflexión sobre el más preciso papel atribuido por la Constitución a las normas con rango de Ley producidas por el Gobierno. Si por esta vía es posible atribuir un contenido mínimo a tal función, debe excluirse de su ámbito al Reglamento, aunque sólo sea por evitar duplicidades funcionales²¹. Esta consideración resulta especialmente clarificadora para los debates sobre el sentido del principio de legalidad y sobre la intensidad de la reserva de Ley.

El análisis de los cometidos del Decreto-Ley y del Decreto Legislativo concluye comprendiendo en la función legislativa

- la creación de las normas primarias, eventualmente habilitantes de la potestad reglamentaria, sobre todas las materias, y
- la creación de toda la regulación no ejecutiva en las materias reservadas.

De este modo, el desarrollo de la noción de rango contribuye a sostener tesis, ya defendidas persuasivamente

- acerca de la incompatibilidad del Reglamento independiente en sentido estricto con nuestra Constitución, y
- sobre el alcance llamado *absoluto* de las concretas reservas de Ley que la Constitución contempla.

En el ámbito de la función legislativa, el segmento que no puede cubrir la legislación delegada, sea por estar excluido de delegación²², sea por estar reservado a la Ley delegante, constituye la verdadera *reserva del Parlamento*. Al respecto se ha desarrollado una tendencia que diluye los mínimos de regulación impuestos a las Cortes Generales. Pero resulta cuando menos posible una interpretación rigurosa del mandato constitucional que exige a las Leyes de Bases fijar los principios y criterios a los que han de ajustarse los Textos Articulados²³.

Los motivos prácticos, por sí solos, no pueden desmentir la interpretación propuesta. Sigue siendo momento de postular una «lectura fiel» de los instrumentos contemplados por la Constitución, antes que una lectura condicionada por determinadas «razones de «conveniencia» o de «eficacia»»²⁴. Ello es particularmente cierto cuando la pretendida *eficacia* persigue fines extraños a la propia Constitución, mientras ésta mantiene una mayor coherencia entre los objetivos proclamados y los instrumentos articulados al efecto²⁵.

III. En este contexto cobra sentido la delegación legislativa. Aunque no procede aquí tratar cada uno de los problemas que plantea, sí conviene retener que la potestad delegada surge con cada delegación²⁶ y, de acuerdo con la Constitución, puede agotarse, caducar o ser suprimida, pero no perpetuarse. No hay potestad permanente que permita al

¹⁶ S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Nápoles: Liguori, 1990.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, E. Cheli, «L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali», *RTDP*, 1959, págs. 518 ss. y 526 ss.

¹⁸ A. A. Cervati, *La delega legislativa*, Milano: Giuffrè, 1972, cierra la obra: «Un mutato regime di sindacabilità dei vizi delle leggi delegate... non può non investire lo stesso istituto della delega legislativa» (pág. 226).

¹⁹ Cfr. F. De Carreras, «La Ley en el constitucionalismo y en la Constitución española», *RFDC*, n.º 15, págs. 316 s.

²⁰ Cfr., en lo fundamental, E. Espin Templado, «Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española», *RCG*, n.º 6; y también F. Cuocolo «Gli atti dello Stato aventi "forza di legge"», *RTDP*, 1961.

²¹ C. De Cabo, «Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español», *REF*, n.º 9, págs. 113, ss., para el Decreto Legislativo. M. Aragón, «La función legislativa de los Parlamentos y sus problemas actuales», en A. Garronera Morales (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid: Tecnos, 1990, pág. 141, para el Decreto-Ley.

²² Este ámbito comprende y excede la reserva de Ley orgánica. Tampoco cabe delegación en las materias objeto de procedi-

mientos legislativos especialmente tipificados, que incluso pueden romper la identidad del órgano. Otras materias no son susceptibles de delegación por su naturaleza, y existen normas cuya estructura excluye que puedan ser remitidas a la precisión de un Texto Articulado.

²³ Las aproximaciones más precisas a las nociones utilizadas por la Constitución para señalar el contenido mínimo de las Leyes delegantes corresponden quizá a T. Quadra-Saicedo, *op. cit.* en n.º 11, págs. 385 s.; J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho-Administrativo I*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, págs. 661 ss.; y J. L. Villar Palasí, E. Suñé Llinas, «Artículo 82. Legislación delegada. Leyes de Bases. Textos Legales refundidos», en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, T. VII, Madrid: Edersa, 1985, págs. 104 ss.

²⁴ A. Garronera Morales, *op. cit.* en n.º 15, págs. 13 ss. y 141 s.

²⁵ La citada interpretación de C. De Cabo, ajustada al texto de la Constitución, está al tiempo orientada hacia fines explícitos, por ejemplo, en su artículo 9.2. (*op. cit.*, en n.º 21, págs. 117 ss.).

²⁶ En contra de asimilar la delegación a una simple autorización para el ejercicio de una potestad preexistente, casi toda la doctrina italiana a partir de E. Tosato, *op. cit.*, en n.º 2, págs. 18 ss.

Gobierno producir Decretos Legislativos bajo ciertas condiciones, frente al carácter inagotable que es ordinario en las potestades normativas²⁷.

Esta construcción arroja luz sobre el problema de los controles judiciales de la legislación delegada. En efecto, hemos aludido a la necesidad de precisar competencias de control en manos de la jurisdicción ordinaria diferentes a las que tiene sobre las Leyes. De Otto sugiere, por motivos prácticos, que estas competencias tengan carácter excepcional, en casos de ausencia de delegación o de desconexión entre ésta y la norma delegada²⁸; Balaguer Callejón ha insistido recientemente en la misma idea²⁹. Tales propuestas podrían aludir a supuestos en los que el Gobierno carece de potestad delegada; y, por tanto, *no existe*, en términos jurídicos, la norma que, sin embargo, ha sido publicada como Decreto Legislativo.

Ya Kelsen aludía a ciertos límites absolutos de la autoatribución de sentido normativo³⁰. En España, la publicación de las Leyes se ha considerado condición de existencia de las mismas³¹. En Italia, el ámbito de la inexistencia es definido por Zagrebelsky en términos más amplios: *no existe* una Ley que se presenta como producida por quien carece de la potestad legislativa, por ejemplo, una Junta Militar, y esa inexistencia radical permite ignorar radicalmente la pretensión de vigencia de la norma³².

Para los Decretos Legislativos, Patrono había desarrollado sobre bases similares la diferencia entre defecto y simple exceso de delegación, pero excluyendo para Italia las consecuencias que podrían derivarse en materia de control judicial³³. En España, tales consecuencias se amparan precisamente en el plural «Tribunales».

Los Tribunales ordinarios, del mismo modo que ignoran las Leyes no publicadas, pueden ignorar los Decretos Legislativos inexistentes; esto es, producidos sin previa delegación, o con ésta caducada, derogada o agotada; o por órgano distinto del Gobierno, o en *materia* distinta de la mencionada por la Ley delegante.

La categoría de *existencia* integra tal competencia en el sistema de justicia constitucional concentrada, pues corresponde a los Tribunales en términos idénticos a la que tienen sobre las Leyes inexistentes. Pero, además, llena de sentido el plural, porque el alcance de la competencia sobre los Decretos Legislativos y sobre las Leyes es sustancialmente diferente, habida cuenta la peculiar diná-

mica de la potestad delegada, distinta, al respecto, de la permanente potestad legislativa de las Cortes Generales. Es a esta singularidad a la que la Constitución alude con el plural.

Esta tesis podría resultar atractiva para los Tribunales ordinarios también en términos prácticos. De un lado, satisface suficientemente la pretensión, constitucionalmente fundada, de poseer verdaderas competencias de control. Al tiempo, les libera parcialmente de la responsabilidad en el control de adecuación de la legislación delegada a los principios y criterios contenidos en la Ley delegante, que resulta más comprometido, y estimula en este ámbito su colaboración con el Tribunal Constitucional. Otorga certeza, en fin, a las normas materialmente legislativas, que dejan de estar sujetas en caso de invalidez a la llamada inaplicación incidental.

IV. Junto con las competencias judiciales, la Constitución menciona unas «fórmulas adicionales de control», pero sin llegar a identificarlas. Los concretos controles adicionales han de ser impuestos precisamente por cada Ley delegante «en cada caso»³⁴.

Si los controles adicionales pueden encomendarse a las Cortes Generales, la cláusula constitucional convierte a las Leyes delegantes en fuente del Derecho parlamentario. Sin embargo, no podrán quebrar singularmente los principios en los que se asienta el Derecho parlamentario español, que enlazan con normas constitucionales. Por su parte, el Reglamento del Congreso de los Diputados regula la materia. Ello no contraviene la *reserva de norma* del artículo 82.6 de la Constitución en la medida en que tal regulación tenga carácter supletorio³⁵ y se limite a los aspectos que afecten a la organización y al funcionamiento de la Cámara. Pero estas cuestiones, sin duda importantes, no dejan de ser adjetivas respecto de los controles mismos.

Los controles adicionales pueden ser previos o posteriores a la aprobación definitiva de la norma delegada por el Gobierno. Los primeros configuran en cada caso el procedimiento de elaboración de la legislación delegada.

La doctrina y la práctica dan unánimemente por supuesta la aplicabilidad de las normas legales que regulan la producción de Reglamentos, y apenas plantean como problema específico la elaboración de los Decretos Legislativos. Lo cierto es que tal te-

²⁷ En distintos planos, E. García de Enterría, T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas, 1984, págs. 421; G. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale. I. Il sistema delle fonti del Diritto*, Torino: UTET, 1987, págs. 39 s.; L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las Leyes*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 102 s.

²⁸ I. De Otto, *op. cit.*, en n.º 3, págs. 193 s.

²⁹ F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid: Tecnos, 1992, págs. 94 s.

³⁰ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma, 1986, págs. 278 s., 281 y 284, muestra que, aun cuando se haya privado expresamente a los Tribunales de examinar «la constitucionalidad de las Leyes que deben aplicar... tiene que otorgárseles un mínimo de competencia». Se someten al Tribunal Constitucional «alle Akte, die subjektiv mit dem Anspruch auftreten, Gesetz zu sein... vorausgesetzt natürlich, dass

sle jenseits der Grenze absoluter Nichtigkeit stehen» («Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (Auszüge), en P. Häberle (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pág. 84).

³¹ Cfr. íntegramente la reciente monografía de P. Biglino Campos, *La publicación de la Ley*, Madrid: Tecnos, 1993

³² G. Zagrebelsky, *op. cit.*, en n.º 27, pág. 37; y *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1988, págs. 162 ss.

³³ M. Patrono, «Decreti legislativi e controllo di costituzionalità (aspetti problematici)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1968.

³⁴ J. L. Villar Palasí, E. Suñé Llinas, *op. cit.*, en n.º 23, págs. 110 s.

³⁵ J. R. Montero Gibert, J. García Morillo, *El control parlamentario*, Madrid: Tecnos, 1984, págs. 112 s. y 116 s. E. Virgalla Foruria, *op. cit.*, en n.º 8, págs. 214 s.

sis deriva de la problemática naturaleza reglamentaria de la legislación delegada. Significativamente, incluso algunos críticos de la doctrina mayoritaria, tras admitir que dichas normas se aplican a la elaboración de los Derechos Legislativos, atribuyen a la jurisdicción ordinaria el control de las infracciones que se produzcan³⁶. Frente a tal criterio, es necesario aquí identificar los trámites que cada Ley delegante podría imponer como controles en el procedimiento.

Entre estos controles previos se incluye el dictamen de órganos administrativos especializados e independientes, como el Consejo de Estado. En este procedimiento, el Consejo de Estado actúa como órgano más de control que consultivo³⁷.

Se comprende también entre tales controles la audiencia preceptiva de los afectados por la norma delegada. La Ley delegante debería especificar quiénes deben ser consultados, definir los ámbitos materiales de su participación, y precisar los procedimientos de consulta, garantizando su publicidad. El contenido de la Ley delegante quedaría, por supuesto, fuera de la discusión, y la norma delegada sería definitivamente aprobada por el Gobierno bajo su exclusiva responsabilidad. En tales condiciones, la legislación delegada permitiría componer intereses sociales diversos a través de su reducción procedimental³⁸, sin que la centralidad sustancial de la Ley parlamentaria se viera menoscabada. Podría asumir así este instituto la relevante tarea de encauzar la evolución de los modos de producción del Derecho en el Estado social y en su crisis³⁹.

La intervención de una Comisión parlamentaria es, en fin, otro de los trámites que puede imponer la Ley delegante. Como muestra la experiencia del Reino Unido y de Italia, los dictámenes producidos por estas Comisiones pueden alcanzar especial relevancia, en competencia con los controles parla-

mentarios *a posteriori*⁴⁰, con los controles judiciales⁴¹, e incluso con las determinaciones materiales de la Ley delegante⁴². Lo decisivo es, en todo caso, el equilibrio entre estos elementos. Sólo se conseguirá en España si se supera la desatención hacia los controles parlamentarios.

Algunos autores consideran posible configurar los controles previos como dictámenes vinculantes. El Gobierno debería acomodar a ellos el Decreto Legislativo que produjera, so pena de invalidez. Se defiende especialmente para la intervención de las Comisiones parlamentarias; la norma delegada procedería, en realidad, de la voluntad de dos órganos, Gobierno y Cortes, y prevalecería la de estas últimas⁴³. Mas, de este modo, podrían difuminarse las responsabilidades que la propia Constitución se ocupa de asignar⁴⁴; no parece, por ello, deseable tal género de vinculación. Tampoco es necesario; la concurrencia de controles parlamentarios posteriores, si son correctamente entendidos, permite configurar de forma más matizada la intervención de las Cortes.

Sin embargo, los controles posteriores sobre la legislación delegada fueron objeto, durante el proceso constituyente, de progresiva confusión, que culminó en la expresión indeterminada del artículo 82.6 de la Constitución, y cuyas consecuencias aún perduran. La Constitución ofrece posibilidades que cada Ley delegante debe concretar, pero las Cortes no se han decidido hasta ahora a explorar los límites de sus capacidades. Cuando alguna Ley de delegación ha previsto que el futuro Decreto Legislativo se someta a un determinado procedimiento parlamentario de control, no ha atribuido a éste efecto alguno sobre aquél. Esta práctica es avalada por la mayoría de la doctrina, que excluye, ciertamente sin un debate atento, que tales efectos puedan llegar a producirse.

³⁶ En primer lugar, J. Jiménez Campo, *op. cit.*, en n.º 3, págs. 98 s. Podría parecer semejante la tesis de S. M. Cicconetti, «I limiti "ulteriori" della delegazione legislativa», *RTDP*, 1966, págs. 572 ss.; mas parte de una conexión de problemas completamente distinta, y llega a conclusiones también diversas. Cfr. la crítica de E. Virgala Foruria a la atribución de tal competencia a los jueces ordinarios, *op. cit.*, en n.º 8, págs. 172 ss. Sin embargo, este autor defiende, con un argumento discutible, la aplicabilidad de la regulación en cuestión bajo el control del Tribunal Constitucional. Otro argumento en este mismo sentido, aunque de dudoso valor en España por la citada *reserva de norma* que contiene nuestra Constitución, en E. Palici Di Suni, *op. cit.*, en n.º 14, págs. 157 ss.

³⁷ Cfr. T. Quadra-Salcedo, sobre la «profunda dimensión de control» del Consejo de Estado, que afecta incluso al «modelo de Gobierno y Administración» diseñado por la Constitución («El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, 1988, págs. 215 ss.).

³⁸ S. Staiano, *op. cit.*, en n.º 16, por ejemplo, en págs. 20 s., 63, 66, 77 s., 109 (donde alude a «la delega "procedimentaliza-ta"») y 112 ss.

³⁹ Las citas podrían multiplicarse, de M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza, 1985; a U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin: Wagenbach, 1990. Cfr. sólo los análisis más concretos de A. J. Porras Nadales, *Introducción a una Teoría del Estado postsocial*, Barcelona: PPU, 1988, págs. 124 ss., y J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, en n.º 23, págs. 308 ss.

⁴⁰ En el Reino Unido se destaca la incidencia del dictamen

emitido con ocasión de un control *a posteriori* en sucesivos ejercicios de poderes delegados; la doctrina se ocupa de tales dictámenes más que de la resolución parlamentaria final. Esta *conversión funcional*, de los controles posteriores en previos, documenta la importancia decisiva de estos últimos. Cfr. J. D. Hayhurst, P. Wallington, «The Parliamentary scrutiny of delegated legislation», *Public Law*, 1988, pág. 560.

⁴¹ Cfr. C. K. Allen, *Las fuentes del Derecho inglés*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, págs. 808 ss. y 816 ss. J. D. Hayhurst, P. Wallington, *op. cit.*, en n.º 40, esp. págs. 572 s. y 576.

⁴² La compensación entre los controles procedimentales y las insuficiencias de la Ley delegante es una de las ideas que guía el estudio comparado de M. Patrono, «Le leggi delegate in Parlamento», *Diritto e Società*, 1981. Cfr. también, además, de S. Staiano, *op. cit.*, en n.º 16, *passim*. M. Siclari, «Il parlamento nel procedimento legislativo delegato», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, págs. 806 y 809 ss.; L. Paladini, «Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali», en VV.AA., *Scritti in onore di Constantino Mortati*, vol. II, Roma: Giuffrè, 1977, págs. 467 ss.; del mismo autor, «Art. 76», en G. Branca (dir.), *Comentario della costituzione La formazione delle leggi*, T. II, Bologna: Nicola Zanichelli, 1979, págs. 23 y 27 s.

⁴³ J. R. Montero Gibert, J. García Morillo, *op. cit.* en n.º 35, págs. 114 ss.

⁴⁴ T. Quadra-Salcedo, *op. cit.*, en n.º 11, pág. 394; E. Virgala Foruria, *op. cit.*, en n.º 8, págs. 192 s. En general, cfr. G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pág. 61; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1988, págs. 192 s.

Frente a esta situación, la analogía permite dotar de sentido al término «control». Algunas fórmulas constitucionales que operan sobre las fuentes del Derecho son consideradas por la doctrina como controles; quizá el supuesto mejor conocido, si bien no el único⁴⁵, sea el control parlamentario del Decreto-Ley⁴⁶. A partir de ellas, y con la ayuda de la categoría de vigencia perfilada por Díez-Picazo⁴⁷, resulta posible esbozar una noción de control político adecuada a este contexto: el control político de una norma elaborada por cierto órgano supone la libre decisión de otro órgano sobre su vigencia.

Así entendida, la noción de control permite recuperar un elemento formal de caracterización de la Ley, que, al comprender las diversas normas con rango de Ley, puede coordinarse con la identificación material de la función legislativa antes ensayada. Las Cortes Generales, además de producir las Leyes en sentido estricto, tienen atribuido por la Constitución el dominio sobre la vigencia de las normas que, sin ser elaboradas por ellas, pertenecen a la función legislativa materialmente entendida y tienen rango de Ley⁴⁸.

No hay razón para no aplicar este criterio a la concreción de la fórmula constitucional aquí considerada. Las Leyes delegantes pueden atribuir a las Cortes Generales, en cualquiera de sus articulaciones (Congreso o Senado, Pleno o Comisiones), la facultad de impedir la entrada en vigor de un Decreto Legislativo ya elaborado, o de una parte sustantiva del mismo⁴⁹. No sería posible enmendar su texto, pues ello confundiría el control con la elaboración de la norma. Tampoco cabe, al menos ordinariamente, interrumpir una vigencia ya iniciada; en tal caso, la norma obligaría provisionalmente desde la entrada en vigor hasta el control, produciendo incertidumbres que sólo excepcionalmente podrán justificarse. Mayores precisiones serán posibles sólo en el futu-

ro, a la luz de una práctica hasta hoy inexistente y que convendría estimular.

V. Es una de las funciones de las Constituciones democráticas estabilizar los modos de creación del Derecho. Sin embargo, éstos están sujetos a transformaciones; también en este punto las Constituciones necesitan combinar con la estabilización una cierta apertura. Los cambios a veces se imponen desde la práctica frente a la Constitución que no los tolera. Cerca de estos lindes se mueven algunas invocaciones a la potestad reglamentaria que desconocen las alternativas ofrecidas por la Constitución misma.

La legislación delegada es el instituto más apto para ordenar, dentro de la Constitución, la actual evolución de las formas de producción del Derecho. Pero su correcto funcionamiento exige la modificación de su tratamiento dogmático y, sobre todo, de su práctica. Las determinaciones materiales de la Ley delegante deben ser precisas. Los procedimientos de elaboración de la legislación delegada necesitan flexibilidad, pero también articulación legal. A las Cortes Generales se les han de atribuir controles significativos sobre los textos resultantes. El control judicial sobre los Decretos Legislativos no puede producir incertidumbres.

La legislación delegada podría cumplir entonces la tarea señalada, y la Constitución mostraría su virtud como cauce para los procesos políticos y sociales. Se salvaría de ese modo el diseño del sistema de fuentes que la Constitución incorpora y, con él, la específica dignidad de la Ley, condición para «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular» (preámbulo y arts. 130.1 y 117. de la Constitución).

⁴⁵ Sobre el referéndum en los procesos de reforma constitucional, P. De Vega, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1985, págs. 99 ss. (esp. 107 ss.). J. J. González Encinar, «La Constitución y su reforma», *REDC*, n.º 17, págs. 353 ss., extiende el análisis al referéndum por el que el pueblo ratifica el proyecto de Constitución. Para la intervención de las Cortes en la conclusión de los Tratados, cfr. A. Remiro Brotons, «Artículos 93 y 94. Tratados internacionales» en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas, VII*, Madrid: Edersa, 1985, págs. 436 ss.

⁴⁶ Por todos, cfr. P. Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Madrid: Tecnos, 1988, págs. 198 ss.

⁴⁷ L. M. Díez-Picazo, *op. cit.*, en n.º 27, págs. 162 ss.

⁴⁸ F. Balaguer Callejón, *op. cit.*, en n.º 29, págs. 72 ss. y 107 ss., hace referencia a estos controles como elemento en la identificación de la Ley.

⁴⁹ Tal que, por ejemplo, hubiera sido susceptible de ser desarrollada por distintos Decretos Legislativos. Entre otros, J. A. Santamaría Pastor, *op. cit.*, en n.º 23, págs. 681 s., admite esta posibilidad, pero sólo en «un sector homogéneo y con identidad propia de la materia delegada, y siempre y cuando no fuera patente la voluntad del legislador de que se produjese necesariamente» un solo texto.