

# LA LEGISLACION DELEGADA

TERESA FREIXES SANJUAN

*SUMARIO: INTRODUCCIÓN: Los orígenes de la delegación legislativa. Los fundamentos doctrinales de la legislación delegada. El rango de la legislación delegada.— LA REGULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL: Los «Statutory Instruments» en Gran Bretaña. La legislación delegada en los EE. UU. Las ordenanzas francesas. La habilitación al ejecutivo en Alemania. Los decretos legislativos en Italia.—LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: La delegación del Parlamento: 1. Las leyes de bases. 2. Las delegaciones para elaborar textos refundidos. 3. El control sobre la delegación parlamentaria. El desarrollo de la delegación: los decretos legislativos. La legislación delegada en las Comunidades Autónomas.—EL CONTROL SOBRE LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN EL DERECHO COMPARADO: El control en Gran Bretaña. El control en los Estados Unidos. El control en Francia. El control en Alemania. El control en Italia.—EL CONTROL SOBRE LA LEGISLACIÓN DELEGADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: La regulación pre-constitucional. El control jurisdiccional. El control del Consejo de Estado. El control parlamentario.— CONCLUSIONES.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.*

## INTRODUCCION

«Todo estará perdido si un mismo hombre o un mismo grupo de prohombres, o de nobles o de pueblos ejerciesen estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o los conflictos entre particulares» (MONTESQUIEU).

¿División de poderes?, ¿distribución de funciones?, ¿colaboración entre los poderes?, ¿separación flexible entre los mismos? El dogma del constitucionalismo liberal clásico, introducido en la Constitución de Virginia, plas-

mado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, desarrollado por la Constitución francesa de 1791 y recogido en prácticamente todas las Constituciones que se reclaman de una herencia liberal, ha sido puesto en entredicho ya desde su misma formulación. La praxis política, la crítica filosófica o ideológica cimentaron teorías excesivamente esquemáticas olvidando la esencia misma del pensamiento de Montesquieu, dejando de lado el fundamento doctrinal de los necesarios contrapesos que han de equilibrar el funcionamiento orgánico del Estado. Hoy, el juez ya no se limita a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley; hoy, los ejecutivos legislan e intervienen en la propia organización interna de las Cámaras; hoy, los Parlamentos realizan funciones de *indirizzo* político, sin que la idea de Montesquieu haya perdido su vigencia.

Sin que su reconocimiento signifique la adopción de dogmas predeterminados, la división de poderes, distribución de funciones, separación-colaboración entre los poderes, ha trascendido a sus versiones históricas adoptando temporales peculiaridades de configuración. Y la formulación clásica adopta una función de criterio referencial para evaluar las manifestaciones coyunturales que, como en el supuesto del tema a desarrollar, la legislación delegada por el Parlamento al Gobierno, puede presentar la distribución funcional del poder político.

Es evidente que, en la actualidad, nos hallamos ante una configuración del Estado mucho más compleja que la existente en la época de Montesquieu. Nuevos fenómenos jurídico-políticos han estructurado relaciones funcionales y orgánicas diferentes de las clásicas. Un órgano puede cumplir diferentes funciones (el Parlamento, al mismo tiempo que tiene a su cargo funciones legislativas, ejerce también un control y una colaboración respecto del ejecutivo) y la misma función puede ser predicada de diversas instituciones (la función legislativa, fundamentalmente adscrita a las asambleas representativas, también puede ejercerse por los ejecutivos, con y bajo determinadas condiciones). El creciente intervencionismo estatal ha facilitado la interacción entre órganos y la colaboración funcional, llegando a constituir un presupuesto intrínseco al Estado social y democrático de Derecho. La adopción del concepto normativo de Constitución como fundamental en los actuales Estados de Derecho ha planteado *de facto* la adaptación del principio clásico a las formulaciones jurídicas de los modernos textos constitucionales.

En el fondo, está en juego la esencia misma del concepto de soberanía, sobre todo teniendo en cuenta que vamos a tratar de explicar un fenómeno jurídico-político como el de la legislación delegada; el hecho de que el Gobierno pueda elaborar normas jurídicas con valor de ley a partir de una delegación efectuada por el Parlamento, quien es, fundamentalmente, el titular

de la función legislativa. El Parlamento, en estos casos, ¿realiza una delegación de potestad? El Gobierno ¿actúa dentro de una esfera propia de atribuciones? Se impone, pues, delimitar las construcciones doctrinales existentes en torno a la naturaleza jurídica y legitimidad constitucional de la delegación legislativa para pasar posteriormente a estudiar la regulación efectuada por la Constitución española de 1978 y el problema del control que, sobre la legislación delegada, se instrumente para que pueda responder efectivamente a los fundamentos a través de los cuales fue articulada.

### *Los orígenes de la delegación legislativa*

La idea subyacente en toda delegación legislativa remite a una transmisión de la facultad de elaborar leyes. Para delegar es preciso transferir una facultad que se posee; en este caso, el Parlamento transferiría en parte su potestad de legislar. Pero ello presupone que existe una cierta organización en el funcionamiento de los poderes del Estado, la cual tiene como consecuencia que los diversos órganos de poder que lo componen tengan asignadas funciones concretas. Cuando Montesquieu, examinando e interpretando el funcionamiento político de Inglaterra, imaginó un equilibrio entre los poderes basado en la atribución del legislativo al Parlamento (en el cual estaba incluido el Monarca), el ejecutivo al Gobierno y el judicial a los jueces (buscando al mismo tiempo el equilibrio entre los diferentes sectores sociales en pugna), y pensó que para la supervivencia del sistema era necesario que el poder frenara al poder, ya se habían efectuado en Inglaterra delegaciones legislativas del parlamento al ejecutivo: Enrique VIII había obtenido en 1539, a través del *Statute of Proclamation*, una amplia autorización para legislar en Consejo, que duró hasta su muerte; y de la misma época era el *Statute of Sewers*, que creó una Comisión con amplios poderes legislativos delegados, y que duró hasta 1930. Los orígenes del parlamentarismo en Inglaterra, debido a la peculiar evolución del sistema político inglés, combinaban el ascenso soberano del Parlamento con el mantenimiento del principio representativo y las prerrogativas de la Corona.

Pero esta separación-colaboración entre poderes y/o funciones no se entendió igual en el resto de Estados que incorporaron las estructuras básicas del liberalismo. Los constituyentes norteamericanos creyeron ver más allá de las formulaciones de Montesquieu y pretendieron establecer una separación rígida entre los poderes. Los revolucionarios franceses llegaron a definir la separación de los poderes como requisito indispensable para la existencia de una Constitución. Y, como consecuencia, el fundamento histórico y la for-

mulación teórica subsiguiente de la legislación delegada se asentaría sobre bases y con efectos muy diferentes a los del caso inglés. Y no digamos en Estados como el alemán, italiano y español, que tanto tardaron a estructurarse sobre las bases o la herencia del Estado de Derecho.

En Inglaterra, durante los siglos XVI y XVII, las habilitaciones para legislar se usaron para resolver situaciones excepcionales o de emergencia, aunque también para delegar poderes de ordenanza a las autoridades locales. Durante la Guerra Civil y el siglo XVIII, la desconfianza que el Parlamento mantuvo hacia el ejecutivo hicieron disminuir su número, pero en el XIX, debido a los cambios y reformas que el crecimiento industrial y los avances técnicos impusieron, se reforzaron las delegaciones legislativas; en 1860, de 154 leyes aprobadas por el Parlamento, 33 contenían delegaciones legislativas. Por su parte, la doctrina inglesa (Maitland, Dicey...) las defendió y justificó. Durante las dos Guerras Mundiales, el Parlamento confirió plenos poderes al Gobierno; en 1914, la Ley para la defensa del reino le faculta para adoptar medidas para «asegurar la seguridad pública y la defensa del reino», y en 1920 se aprobó la Ley de Poderes de Emergencia, que permitió la adopción de las medidas de 1939 y 1940, que consolidaron la figura de la legislación delegada. Desde otro orden de perspectivas, la ampliación de las delegaciones legislativas ha tenido una destacada importancia en materia de adaptar la situación interna británica a las exigencias de la entrada en la Comunidad Económica Europea.

En Francia, durante el siglo XIX, la delegación legislativa —contraria a los principios revolucionarios—, tras haberse efectuado *de facto* al considerarse que el Rey podía dictar reglamentos como consecuencia de una delegación efectuada por una ley en concreto o como consecuencia de sus propios poderes, adoptó la teoría de Esmein sobre la «invitación»: la ley «invita» a la Administración a ejercer su propio poder reglamentario, dándose así origen a la existencia de un ámbito de actuación propia del ejecutivo. De hecho, continuaron existiendo delegaciones en favor del ejecutivo (la Ley de 17 de agosto de 1948 estableció una delegación general en favor del Gobierno para modificar la legislación pre-constitucional, incluidas las leyes formales y sin límite temporal alguno; y la del 11 de julio de 1953 extiende de nuevo los poderes legislativos al Gobierno a efectos de lograr un reajuste económico y financiero), y a pesar de que el Consejo de Estado consideraba doctrinalmente imposible la figura de la delegación legislativa, lo cierto ha sido que, hasta nuestros días, el ejecutivo francés, bajo la figura de la deslegalización o mediante la promulgación de ordenanzas, elabora normas que cubren el espectro funcional de lo que en otros Estados es la legislación delegada.

También en Estados Unidos, pese a la consagración formal de la separa-

ción rígida de poderes, que implicaría la imposibilidad de que el Congreso delegara funciones legislativas al ejecutivo, existen delegaciones legislativas. La propia Corte Suprema norteamericana ha justificado su existencia mediante el siguiente razonamiento, a modo de silogismo:

- Premisa mayor: la delegación del poder legislativo de parte del Congreso es constitucionalmente ilegítima;
- Premisa menor: la delegación legislativa por parte del Congreso al ejecutivo es muchas veces absolutamente necesaria;
- Conclusión: lo que el Congreso delega no es poder legislativo, sino poderes de naturaleza diversa, administrativa, «quasi-legislativa», etc.

De tal manera, que a pesar del «malestar» que la existencia de esas funciones delegadas origina, no cabe más que aceptar de hecho la existencia, al lado de los poderes clásicos, de una «cuarta rama» estructuralmente separada y funcionalmente diferenciada derivada de las oficinas ejecutivas, que, sin estar prevista constitucionalmente, se ha impuesto como decisiva en el funcionamiento del sistema político americano. A pesar, pues, de que el Tribunal Supremo declaró formalmente inconstitucional la delegación legislativa, la legislación delegada ha sido un hecho muy corriente, y, en la práctica, el Congreso puede delegar todo aquello que no entre en el concepto de *fundamental legislative policy* (concepto que ha sido interpretado en forma extensiva por la misma jurisprudencia).

La delegación legislativa en Alemania tiene su origen en la reserva de ley sobre los derechos de libertad y propiedad que se estableció ya en el siglo XIX; esta reserva originó que la normación del ejecutivo no pudiera invadir las materias reservadas sin la habilitación parlamentaria, de forma que cuando esta habilitación exista, el ejecutivo puede elaborar verdaderas «leyes materiales». Este fundamento histórico ha mantenido su vigencia hasta la actual legislación constitucional alemana, y el concepto de «ley material» de la escuela clásica del Derecho público ha precisado las bases de la técnica de la reserva de ley actual y la necesidad subsiguiente de habilitación parlamentaria para la existencia de los reglamentos, que únicamente pueden ser autónomos cuando no impongan conductas a los ciudadanos.

En la Italia de finales del siglo XIX y principios del XX, la opinión dominante era la de que el legislativo no podía delegar en el ejecutivo más que en los casos de suprema necesidad (así lo reconocen las sentencias de la Corte de Apelación), y poco a poco se fue imponiendo también el de que, dado que la delegación legislativa se estimaba necesaria en algunos supuestos no tan excepcionales, era mejor aceptarla dentro de ciertos límites temporales. Incluso durante el período fascista se mantuvieron estas concepciones doctri-

nales sobre los límites, si bien el contenido y la finalidad de la delegación fueron notablemente desvirtuados por la esencia misma del sistema. La actual regulación de la legislación delegada tiene, de otra parte, una base fundamentalmente constitucional que recoge aquellos principios históricos de la suprema necesidad y la temporalidad a los cuales añade otros derivados de la participación parlamentaria y directa en la misma elaboración de la legislación delegada, como veremos posteriormente.

Los avatares de la historia constitucional española conducen a que no pueda hablarse de delegación legislativa en sentido estricto hasta la Segunda República (aunque existieron antecedentes en materia financiera y con respecto de determinados actos del Rey) cuando, sobre la base de una reserva material en favor del parlamento, el Congreso podía autorizar al Gobierno a legislar por decreto ajustándose estrictamente a las bases establecidas en la autorización. Durante la dictadura franquista, el instrumento de la legislación delegada fue ampliamente utilizado, siendo sumamente difícil estructurar unos procedimientos de control sobre el mismo; la prerrogativa del Jefe del Estado «justificaba» la eficacia jurídica y la fuerza de ley de todo desarrollo efectuado por el ejecutivo, aunque no se ajustara a las bases de la delegación.

En todos estos supuestos se observan ciertos rasgos comunes y algunas peculiaridades diferenciales que originarán una evolución posterior diferente de la legislación delegada en los diversos Estados. Es común la existencia *de facto* de la delegación legislativa, que es contemplada como un fenómeno jurídico necesario; hoy diríamos que a través de la legislación delegada —en sentido amplio— se configuran técnicas de aplicación de políticas públicas que, configuradas a grandes rasgos por los órganos representativos, obtienen mayor eficacia a través de su concreción por el ejecutivo.

Es evidente también el progresivo estrechamiento del campo de acción de la legislación delegada, que de ser efectuada con carácter general y a veces por tiempo ilimitado, ha ido reduciendo su campo de acción tanto material (prácticamente ya no se admiten las delegaciones generales de antaño) como temporal (hoy las leyes de delegación imponen márgenes de tiempo precisos).

Y es también general la no distinción entre la delegación por motivos de eficacia o de técnica jurídica y la delegación de poderes excepcionales al Gobierno para que éste dé solución a problemas graves de índole política o económica. Distinción que se perfilará en forma evolutiva también, y se regulará hoy día sobre construcciones jurídicas diferentes (decretos-leyes, estados de emergencia o excepción, etc.).

Sin embargo, se observa, ya desde los orígenes, que la fundamentación teórica de la legislación delegada se sustenta sobre bases diferentes, que van a dar origen a construcciones jurídicas bien diferenciadas.

*Los fundamentos doctrinales de la legislación delegada*

Varias han sido las construcciones jurídicas, ya de Derecho privado, ya de Derecho público, en torno a las cuales se han estructurado los fundamentos doctrinales de la legislación delegada.

En el Derecho anglosajón subyace la idea del *trust* como operación de transmisión de los poderes y su funcionalismo, donde el *trustee* opera en nombre propio y bajo su propia responsabilidad, rechazándose la mecánica de la representación. En efecto, entre la delegación legislativa y la representación de voluntad existen sustanciales diferencias; los elementos esenciales de la representación fallan por su propia base, ya que en ésta el apoderado no actúa en nombre propio, sino en el del representante. Dentro, pues, de esa concepción funcional del *trust*, el poder del delegado es siempre un poder propio, necesario, distinto del que es titular el delegante. En la delegación legislativa, el ejecutivo tiene una esfera propia de actuación.

La doctrina de la invitación (Esmein) y la de la «delegación de materias» (Hauriou) configuran el fundamento de la práctica jurídica francesa. La tesis revolucionaria de la indelegabilidad de los poderes trae como consecuencia la existencia de un poder propio del ejecutivo que la ley «invita» a ejercitar, como ya ha sido señalado anteriormente; por otra parte, Hauriou comenzó hablando de un pacto entre el legislativo y el ejecutivo en virtud del cual el Parlamento abandona materias a él en principio reservadas para ponerlas a disposición del ejecutivo. De tal manera que no cabe confundir delegación de materias con lo que la doctrina administrativa configura como delegación de atribuciones, ya que ésta es una simple cuestión de organización interna de la administración que delega funciones de los órganos superiores a los inferiores.

En Derecho privado alemán existe la figura de la «habilitación», que explica también el fundamento de la delegación legislativa. Con base en esta figura, el Parlamento confiere competencia material para establecer derecho ejecutivo, opinando Triepel que la habilitación es un fenómeno de delegación y no de mandato, puesto que el ejecutivo opera en nombre y con responsabilidad propios. Paters, por otra parte, afirma que la habilitación es un traslado de atribuciones para adoptar en propio nombre medidas que por regla general corresponden a la esfera de competencias de otro titular de poder. A pesar de las diferencias entre el espacio jurídico privado y el público, la habilitación es suficientemente explicativa para precisar el fundamento de la delegación legislativa.

La doctrina italiana ha formulado dos concepciones en torno a la delega-

ción legislativa. Una entendiendo que el Parlamento delega en el Gobierno la facultad de ejercer la potestad legislativa, bajo los términos establecidos en la delegación, y otra, más extendida y criticando que se delegue el ejercicio de potestad (Cervati) estima que la legislación delegada surge como consecuencia de un poder nuevo conferido por la propia ley delegante; la delegación consistiría entonces en una habilitación para ejercer la función legislativa mediante la atribución de una potestad nueva.

También se ha intentado explicar el fundamento de la legislación delegada mediante la adaptación de las técnicas del reenvío recepticio originarias del Derecho internacional privado. A través del reenvío, el autor de la norma reenviante quiere y asume el contenido del acto normativo, al cual se reenvía como contenido del propio acto normativo; la norma reenviada pierde con ello su propia autonomía para convertirse en parte integrante del acto normativo reenviante, y éste es una norma en blanco que se ha de rellenar. Así, siguiendo esta doctrina, que entre nosotros ha defendido García de Enterría, a través de la ley de delegación el legislador expresa que el contenido de su llamada se rellene por la norma de elaboración administrativa, y esta norma pierde el significado propio de su origen para convertirse en el contenido de la ley delegante.

Y se ha utilizado asimismo la construcción jurídica de la determinación *per relationem*, la cual adopta el criterio del negocio jurídico «en blanco», cuyo contenido deberá determinarse por un acuerdo futuro que las partes asumen anticipadamente como propio. En este sentido, la ley de delegación enunciaría el contenido que anticipadamente asume como un contenido no indeterminable, sino meramente determinable, que se establecería en las bases de la delegación, encomendando su determinación última a la Administración. Consecuencia ineludible de la adopción de este fundamento doctrinal sería el hecho de que la norma administrativa quedaría asumida por el legislador sólo y en la medida en que haya respetado los límites de las bases.

Todas estas construcciones doctrinales comparten un presupuesto previo: la existencia de unas directrices parlamentarias. Pero la adopción de un fundamento doctrinal u otro producirá, evidentemente, efectos distintos. En lo que a éstos se refiere, señalaré que son especialmente importantes para determinar cuál es el rango de la disposición jurídica resultante del ejercicio de la delegación.

### *El rango de la legislación delegada*

En efecto, la legislación delegada se nos va a presentar como una alteración o una situación de excepcionalidad con respecto a los principios que

presiden las relaciones entre la ley y el reglamento. Con carácter general se pueden, como es sabido, establecer dos grandes sistemas de relación entre ambas fuentes del ordenamiento jurídico: por una parte, aquellos que están basados en la primacía de la ley y la existencia de una reserva parlamentaria, de tal manera que el reglamento sería una normación complementaria y subordinada a la ley, y por otra, los que, junto a un determinado ámbito de reserva material legislativa, mantienen también una reserva reglamentaria como un verdadero poder propio e independiente del ejecutivo.

La delegación legislativa se produce, como ya ha sido señalado, dentro del ámbito material, reservado en principio al Parlamento, y éste delega en el Gobierno la posibilidad de normación dentro de ese ámbito, determinando y precisando el alcance de la norma delegada. El problema que se plantea a continuación es de la ubicación de tal norma dentro del sistema de fuentes. La norma delegada resultante, ¿tiene valor de ley, o bien, por ser producto del ejecutivo sólo tiene valor reglamentario? Hay que examinar, pues, cuál es el tipo de relación existente entre las normas del Parlamento y las del ejecutivo en los distintos ordenamientos como paso previo a la calificación y ubicación de las normas elaboradas en virtud de delegación legislativa.

Efectivamente, no todos los ordenamientos admiten la existencia de normas del ejecutivo con rango de ley. Si bien en todos la legislación delegada se emite en virtud de una delegación expresa formulada por el Parlamento (dentro de unos límites que posteriormente examinaremos), la construcción doctrinal que los sistemas jurídico-políticos establezcan como base de su sistema de fuentes derivará en la existencia o no de normas jurídicas elaboradas por el ejecutivo con rango de ley.

En los países anglosajones no existe un poder reglamentario general del ejecutivo dimanante de la Constitución o de la tradición constitucional. El ejecutivo sólo puede dictar normas en virtud de comisiones normativas singulares del Parlamento, de tal manera que todas las normas gubernamentales son, en el fondo, legislación delegada. Ya vimos cómo en Estados Unidos, el Tribunal Supremo no admitió la delegación legislativa *strictu sensu* y formuló la teoría del «quasi poder legislativo»; resultante de este planteamiento es el hecho de que las normas del ejecutivo nunca tienen valor formal de ley, tienen siempre valor reglamentario inferior a las normas del Parlamento; sin embargo, la jurisprudencia americana, para justificar determinadas normaciones presidenciales o de cualquier otro órgano ejecutivo ha admitido que, por ejemplo, las *executive orders*, a pesar de ser normas inferiores a la ley, tengan efectos semejantes a las leyes del Congreso. En Gran Bretaña tampoco existe la posibilidad de que el ejecutivo dicte normas con rango de ley, si bien puede darse el caso de que, excepcionalmente, el Parlamento, como conse-

cuencia de su poder soberano exclusivo, conceda fuerza de ley a una norma elaborada por el ejecutivo; el Report del Committee on Minister's Powers de 1932 confirmó que el poder delegado por el Parlamento es un poder subordinado porque está limitado por los términos de la disposición que efectúa la delegación; además, reiteró que la regulación de la libertad y la propiedad es de competencia exclusiva del Parlamento, y que para entrar en ellos el ejecutivo ha de estar expresamente autorizado por aquél; ejemplos sobresalientes son las leyes de delegación de plenos poderes que han sido citadas anteriormente. En ambos supuestos, en el americano y el inglés, el ejecutivo siempre legisla en virtud de delegaciones parlamentarias, y si, con carácter general, la legislación delegada no puede tener rango formal de ley, existen posibilidades de excepción cuando el propio Parlamento así lo prevé o cuando la jurisprudencia admite efectos semejantes a los de las leyes para la legislación del ejecutivo. La legislación delegada tendrá, por lo general, valor reglamentario o subordinado, aunque sus efectos en el supuesto de EE. UU. puedan resultar ser prácticamente los mismos que derivarían de la adopción de tales medidas a través de una ley.

En Francia se parte de una concepción doctrinal y una estructura del sistema de fuentes radicalmente diferentes. El rechazo de la posibilidad de delegación legislativa *strictu sensu* ha derivado en la instauración de un ámbito propio del reglamento que no puede ser invadido por la normación parlamentaria. La reserva de ley está complementada por una reserva de reglamento, y tras la entrada en vigor de la Constitución de 1958, el Gobierno puede solicitar al Parlamento que éste le autorice a entrar en el ámbito reservado a la ley, dictando «ordenanzas»; estas normas, elaboradas a partir de la autorización del Parlamento, deben ser ratificadas *a posteriori* por la Cámara; según un sector de la doctrina francesa, pueden derogar leyes anteriores, y cuando obtienen la ratificación del Parlamento, se convierten en leyes formales. Como consecuencia, la fuerza jurídica de las ordenanzas es la misma que la de las leyes elaboradas por las asambleas representativas (más adelante haremos mención de la polémica entablada en torno a la naturaleza jurídica de las ordenanzas antes de que hayan obtenido la convalidación parlamentaria).

En Alemania, fuera del campo interno de la organización, donde la Administración puede producir discrecionalmente reglamentos organizativos, el ejecutivo carece de poder reglamentario propio y precisa delegaciones específicas y explícitas para producir reglamentos normativos. La delegación legislativa y el reglamento quedan refundidos en una misma pieza y las normas derivadas de una delegación parlamentaria únicamente pueden tener valor reglamentario (existiendo la única excepción de los llamados reglamentos de

necesidad). La legislación delegada puede entrar en el ámbito de lo reservado al Parlamento, pero no deja de ser ley «material» porque únicamente tiene valor reglamentario.

El fundamento de la legislación delegada en Italia reside en la regulación constitucional de 1947. El Gobierno ejercita una legislación bien diferenciada por su naturaleza y función de la que ordinariamente corresponde al Parlamento. El ejecutivo tiene un poder legislativo nuevo, constituido u originado, porque así lo dispone la Constitución, por la propia ley de delegación, frente al cual el delegante —el Parlamento— mantiene intacta su propia potestad legislativa. En la regulación italiana se ha querido impedir la delegación general de facultades legislativas al Gobierno, exigiéndose que la delegación haya de realizarse para el caso concreto, y con determinados límites, que han de cumplirse para que la norma resultante sea válida. Cuando el Parlamento así lo decida, la legislación delegada puede tener rango de ley; será, pues, la propia ley de delegación quien fije las condiciones o los límites a que debe ajustarse el ejecutivo para el ejercicio de esa nueva facultad que le confiere el Parlamento porque la Constitución así lo permite.

Semejante estructura constitucional tiene actualmente la legislación delegada en España. Los decretos legislativos, resultantes de una ley de bases, tienen carácter de norma primaria, tienen valor de ley en virtud de las previsiones constitucionales quienes permiten que el Parlamento delegue en el Gobierno la regulación de ciertas materias, cumpliendo una serie de condiciones o límites. Antes de la regulación de 1978, el ejercicio de la delegación legislativa se asentaba sobre fundamentos muy diferentes: el Gobierno legislaba como consecuencia de la delegación de las Cortes, pero, como también el Jefe del Estado disponía de facultades legislativas —las leyes llamadas «de prerrogativa»—, el desarrollo legislativo del Gobierno tenía fuerza de ley incluso cuando el decreto legislativo resultante se hubiera excedido en los límites impuestos por la ley de bases. Precisamente como rechazo a tal formulación, el texto constitucional actual establece una regulación muy detallada tanto de las leyes de bases como de los decretos legislativos.

Nos encontramos, pues, ante dos planteamientos sobre el rango de la legislación delegada basados en principios diferentes. Las normas resultantes de la delegación legislativa pueden tener valor de ley o, por el contrario, valor reglamentario. En algunos Estados, la legislación delegada tiene fuerza de ley primaria, y en otros, se subordina a la ley. Que tenga un valor u otro, además de ser importante para establecer su posición dentro del sistema de fuentes, con todos los efectos que ello deriva para clarificar el ordenamiento jurídico, va a ser también decisivo para determinar cuál puede ser la modalidad de control que se pueda ejercitar sobre la regulación del ejecutivo, puesto que

si su valor es de ley formal será necesario examinar en qué forma se puede establecer sobre la misma el control de constitucionalidad, y si su valor es reglamentario, determinar cuál es la modalidad de control judicial que puede ejercitarse sobre tal normativa. El tema, como veremos posteriormente, ha provocado una fuerte polémica en nuestro país.

LA REGULACION DE LA LEGISLACION DELEGADA  
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO SOCIAL

Si examinamos la evolución material experimentada por la legislación delegada en los diversos Estados, observaremos una evolución manifiesta de su objeto. Las delegaciones generales efectuadas para solucionar problemas fundamentalmente políticos y muchas veces relacionados con la misma supervivencia de las estructuras políticas existentes (leyes de plenos poderes inglesas en los períodos de las dos guerras mundiales o la que en Francia derivó de los llamados «Acuerdos de Evian» para solucionar la crisis con Argelia) han desaparecido prácticamente, y la delegación legislativa se viene efectuando más bien en materias relacionadas con la intervención del Estado en cuestiones económico-sociales, pasando a ser un instrumento más de los que disponen los gobernantes para la puesta en práctica de lo que hoy se denominan «políticas públicas». La delegación legislativa-legislación delegada no puede contemplarse, pues, únicamente desde un punto de vista de mera técnica jurídica y hay que situarla, aunque ello excede del planteamiento realizado en esta exposición, y no entraré, por tanto, en el fondo de la cuestión, también bajo el prisma funcional y teleológico propio de las finalidades de los Estados actuales. Cuestiones como la seguridad social, el procedimiento laboral, la regulación de diversos impuestos, la adaptación a la normativa comunitaria, han sido regulados, sin ir más lejos, en España, a través de decreto legislativo, como consecuencia de la habilitación de una ley de bases. Y aunque han sido fundamentalmente técnicas las motivaciones de la existencia de tal delegación en el ejecutivo, no podemos dejar de señalar que las bases en las que tal regulación ha de asentarse tienen unos criterios de fondo determinados por concepciones de política económica o de política social.

Evidentemente, el procedimiento para efectuar las delegaciones es diferente en cada sistema jurídico-político. Explicaré sucintamente a continuación las líneas generales en torno a la legislación delegada en aquellos Estados que puedan servirnos como punto de referencia o valoración para entrar después en la regulación efectuada por la Constitución española de 1978.

### Los «Statutory Instruments» en Gran Bretaña

A partir de la base conferida por la *Emergency Powers Act* de 1920, todavía vigente, la regulación del *Committee on Ministers Powers* de 1932 sienta los principios sobre los que puede efectuarse la legislación delegada en Gran Bretaña. Señalaremos los puntos más importantes:

Como es evidente, los «S. I.» han de basarse en una delegación parlamentaria previa, es decir, en una ley de delegación, la cual ha de precisar, en términos claros, los límites del poder que se delega, evitando las delegaciones imprecisas. El Parlamento puede delegar tanto en la Corona (caso de los *Statutory Order in Council*, que, en la práctica, son aprobados en Consejo) como directamente en los departamentos ministeriales (las *Departmental Regulation*), si bien estos últimos tienen una posición jerárquica inferior a los primeros.

El ámbito material de la delegación, si bien ha de ser preciso, puede ser amplio en el sentido de que hay pocas materias excluidas definitivamente de la posibilidad de delegación. En principio, no puede haber delegación legislativa para regular «cuestiones de principio» (concepto jurídico indeterminado de difícil precisión) ni para ejercer «poder fiscal», a pesar de que existe un cierto margen para la delegación en este supuesto; tampoco se admiten las delegaciones posteriores o subdelegaciones (excepcionalmente han existido algunas) ni que la legislación delegada tenga efectos retroactivos.

Los «S. I.», que tienen valor reglamentario en principio, pueden tener diversos efectos. Pueden ampliar los efectos de una ley, pueden desarrollar una ley ordinaria y, a pesar de que la regulación de 1932 prescribe que no se utilice la llamada «Henry VIII Clause» salvo en circunstancias excepcionales, pueden efectuar enmiendas directas adaptando leyes anteriores, lo cual equivale a una posibilidad de modificar *de facto* la legislación del Parlamento.

El problema de los efectos ha conducido también a que se exija que se una a la regulación del ejecutivo una nota explicativa de los cambios que el «S. I.» realice en el ordenamiento jurídico.

Una cuestión sumamente interesante en la regulación de 1932 es la exigencia de que el ejecutivo, antes de fijar definitivamente la regulación, debe consultar a los principales grupos afectados por la medida, introduciendo así un elemento de participación ciudadana y un plus de legitimación en la normación del ejecutivo.

La regulación de 1932 exige también, por último, que se efectúe un control sobre los «S. I.» que, como veremos con más detalle posteriormente, puede ser tanto parlamentario como judicial.

El ciclo típico de hecho que se produce en Inglaterra comienza con la adopción de medidas de emergencia provisionales por parte del ejecutivo, basadas en la prerrogativa regia, que son complementadas rápidamente con una o varias leyes del Parlamento portadoras de delegación legislativa. Esta delegación, que ha de emitirse dentro de plazo, muchas veces precisa de una ampliación del mismo, que el Parlamento ha de decidir si otorga o deniega. Y una vez emitido el «S. I.», y para simplificar el control, el Parlamento puede aprobar un *bill* de «indemnidad» para salvar los posibles excesos en que haya podido incurrir «de buena fe» el ejecutivo.

### *La legislación delegada en los EE. UU.*

Según el texto constitucional americano, el poder legislativo únicamente puede corresponder al Congreso. Sin embargo, a través de la «justificación» admitida por el propio Tribunal Supremo, a que anteriormente hemos aludido, el legislador hace delegaciones mediante leyes tanto a las Independent Regulatory Commissions como al presidente.

Efectivamente, la Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de delegar competencia legislativa al Presidente mediante ley del Congreso que fije los criterios y los límites temporales de la delegación; pero, además, con base en la famosa teoría de los llamados «poderes implícitos», el presidente emite disposiciones legislativas como jefe del ejecutivo y de las fuerzas armadas y también para hacer operativas las disposiciones del Congreso, que consienten la intervención presidencial para aplicar su contenido preceptivo.

Esta extensión de competencias legislativas al ejecutivo (Presidente, Agencias...) es una manifestación de las cada vez mayores prerrogativas de la Administración americana; la «cuarta rama», a que antes aludíamos, las oficinas ejecutivas no previstas constitucionalmente, cada vez han ido teniendo mayores competencias.

A esta ampliación de órganos productores de legislación en los EE. UU. hay que añadir que la legislación delegada también se ha ampliado mucho en el sentido de que, si bien el Tribunal Supremo prohibió la delegación en materias de competencia federal, *de facto* la legislación delegada entra en todo aquello que no quepa dentro del concepto de *fundamental legislative policy* (que se ha interpretado también extensivamente).

De ahí que el control sobre la legislación delegada presente en EE. UU. múltiples aspectos, desde la necesaria supervisión congresual hasta la intervención presidencial propia de un régimen de las características del norteamericano. En el apartado dedicado al control incidiremos en la posibilidad

del *legislative veto* y de la intervención que la «Resolución A» confiere al presidente, además del siempre posible control o revisión judicial.

### *La legislación delegada en Francia: las ordenanzas*

Ya ha sido señalado el doble ámbito de materias reservadas establecido por la Constitución francesa: existen unas materias reservadas a la ley (descritas en el art. 34) y una reserva general reglamentaria sobre todo lo que no esté expresamente reservado a la ley (art. 37).

Pero el ámbito material de la reserva de ley puede ser aún más reducido si el Gobierno solicita al Parlamento que éste le autorice a emitir ordenanzas. El art. 38 de la Constitución de 1958 establece que el Parlamento puede autorizar al Gobierno a dictarlas.

Las ordenanzas derivan, pues, de la existencia de una ley de habilitación, que marca un objetivo material y, además, un plazo o término para que el Gobierno efectúe la normación solicitada. Las ordenanzas han de ser aprobadas en Consejo de Ministros con el dictamen favorable del Consejo de Estado. Tienen fuerza de ley y sólo pueden ser modificadas por ley. Sin embargo, se originó una polémica, que ya anunciamos, en torno al rango que tenían las ordenanzas debido a la necesidad de ratificación parlamentaria.

Efectivamente, la Constitución, en el mismo art. 38 señala que entran en vigor desde su publicación, pero, continúa diciendo, quedarán derogadas si el proyecto de ley de ratificación no se deposita en el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Esta regulación dio pie a que se discutiera cuál era la naturaleza jurídica de la ordenanza mientras tanto no se hubiera recibido ratificación parlamentaria (tras este trámite quedaba claro que su rango era el de ley formal). El Consejo constitucional francés, en decisión de fecha 29 de febrero de 1972, ratificó el rango de ley de las ordenanzas, atribuyéndose asimismo la facultad de precisar la naturaleza de estas normas. En el apartado correspondiente al control de tales normas entraremos en el fondo de esta cuestión.

Y para concluir este sucinto examen sobre las ordenanzas, me parece oportuno señalar el carácter de norma finalista y de adopción de medidas encuadrables en lo que se definen hoy como «políticas públicas»: en la misma Constitución, en el art. 38 antes citado, se dispone textualmente que las ordenanzas pueden ser solicitadas por el Gobierno al Parlamento «para la ejecución de su programa». Lo cual ratifica el planteamiento general que sobre la legislación delegada como técnica o instrumento funcional se hacía al inicio de este capítulo. Se configuran aquí expresamente las ordenanzas como instrumento para ejecutar un programa de gobierno.

### *La habilitación al ejecutivo en Alemania*

El art. 80 de la Ley de Bonn regula en forma muy estricta la habilitación que el Parlamento alemán puede conferir al ejecutivo para que éste legisle. Ya señalamos que, en Alemania, el poder ejecutivo carecía de poder reglamentario general y que, fuera de los aspectos organizativos, precisaba de una autorización o habilitación parlamentaria para emitir reglamentos normativos. Esta concepción de la división del poder en el sistema alemán ha conducido a una polémica en torno a qué es lo que se traslada al ejecutivo con la ley de habilitación: si se traslada la competencia material que tiene el Parlamento o si únicamente se realiza una «apertura» de un espacio objetivo para que el ejecutivo pueda efectuar su normación. Sea cual fuere la solución doctrinal que se adopte, la norma del ejecutivo únicamente tiene valor reglamentario y ha de ajustarse a los términos de la ley de habilitación.

Según el art. 80 de la Ley Fundamental de Bonn, la autorización puede efectuarse al Gobierno Federal, a un ministro federal o a los Gobiernos de los *Länder*. Esta autorización ha de realizarse a través de una ley que deberá determinar el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada.

### *Los decretos legislativos en Italia*

La regulación constitucional italiana en torno a la legislación delegada es muy semejante a la que plantea la Constitución española actual. En ambos ordenamientos jurídicos se prevé la existencia de decretos legislativos (la denominación, originaria de Italia, se predica de las normas del ejecutivo resultantes de la delegación parlamentaria) como normas jurídicas con valor de ley.

El art. 76 de la Constitución italiana establece que el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado al Gobierno si no es con determinación de los principios y los criterios directivos y solamente por un plazo determinado y para determinados asuntos. Lo cual vendrá a significar que:

a) Se precisa una ley formal de delegación, es decir, una intervención explícita en tal sentido del Parlamento, sin que el Gobierno pueda delegar sus facultades a través de un decreto-ley.

b) Únicamente el Gobierno puede ser el destinatario de la delegación legislativa, sin que pueda delegar en uno o varios ministros. El Gobierno ejercita en este supuesto una legislación bien diferenciada por su naturaleza, origen y función de la que ordinariamente corresponde al Parlamento; es un

poder legislativo nuevo, originado en la propia ley de delegación, frente a la cual el delegante mantiene intacta su propia potestad legislativa.

c) El objeto de la delegación tendrá que estar perfectamente determinado. La Constitución ha querido vetar la transferencia de plenos poderes, y, en principio, habría que entender que cuando existe reserva de ley sobre una materia determinada, no podría realizarse delegación legislativa en ese supuesto; sin embargo, la praxis ha demostrado que, al no existir un límite eficaz y riguroso al respecto, el Parlamento ha delegado, aunque existiera reserva de ley.

d) La delegación ha de tener un plazo o término marcado. Esta exigencia constitucional ha sido objeto de diversas interpretaciones, hasta que el Consejo Constitucional, en sentencia de 4 de febrero de 1967, estableció que no era precisa una fecha de calendario, sino que el plazo podía estar constituido por un acontecimiento futuro que, aunque variable en el tiempo, fuera certero. No obstante, la Corte Constitucional ha entendido también que si la Asamblea delegara por un tiempo excesivamente largo, la ley de delegación, así como el decreto legislativo resultante, pueden ser anulados; la delegación excesivamente diferida es de por sí inconstitucional. En caso necesario, el Parlamento podría, dentro de estas cautelas, alargar el plazo concedido en principio, pero quien no puede hacerlo bajo ningún concepto es el Gobierno.

e) La norma de delegación ha de precisar los principios y criterios directivos, las normas fundamentales de la nueva regulación, la modalidad a seguir y los fines perseguidos; a este respecto se entiende que la norma delegada ha de ser el resultado actuante de la norma de delegación. Aquí cabe señalar que, a pesar de que el art. 76 no lo impone, en Italia, la norma de delegación suele señalar un cierto nivel de participación en la elaboración de la norma delegada, que examinaremos en seguida.

f) Únicamente es posible un acto de ejercicio en el que debe agotarse el poder delegado. La práctica ha conducido a que también es posible la existencia de una delegación compleja que tenga como consecuencia tantos decretos legislativos cuantos sean los objetos delegados; en este caso, los decretos resultantes han de ser complementarios y no pueden contradecirse entre sí.

g) El procedimiento de formación de la legislación delegada comprende la aprobación en Consejo de Ministros, el control preventivo del Tribunal de Cuentas, la emanación del decreto del presidente de la República y la publicación en la *Gaceta Oficial*.

Ya ha sido señalado que se está utilizando un cierto grado de participación en la elaboración de los decretos legislativos. Esta participación se realiza a través de las llamadas «Comisiones parlamentarias en sede consultiva»

como órganos mixtos Parlamento-interesados, de introducción evolutiva en este procedimiento legislativo. Estas Comisiones, que emiten generalmente informes no vinculantes (aunque la ley de delegación puede prever su fuerza obligatoria, como sucede en ciertas cuestiones regionales), tuvieron su origen en los años sesenta y entonces estaban formadas únicamente por diputados y senadores nombrados por el presidente de cada Cámara. Con el tiempo, su composición ha evolucionado y, después de una fase en la que los grupos parlamentarios se revelaron como decisivos en la composición de las mismas, hoy es corriente que se incorporen al trabajo de las Comisiones magistrados, funcionarios, expertos, etc., que colaboran con el Gobierno expresando su parecer, elaborando un proyecto de Decreto, pronunciándose sobre la oportunidad de la elaboración de la norma del ejecutivo o simplemente cumpliendo la función de observar si determinados requisitos o documentos son tenidos en cuenta a la hora de acordar el texto del decreto-legislativo. Es la propia ley de delegación la que ha de acordar en cada caso la forma concreta en que se ha de realizar la función de estas Comisiones en sede consultiva.

#### LA LEGISLACION DELEGADA EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

La Constitución española regula la delegación legislativa al Gobierno para que éste emita normas con rango de ley en varios artículos (del 82 al 85) de forma bastante minuciosa. Esta figura jurídica no es nueva en el ordenamiento español; ya se han señalado las delegaciones previstas por la Constitución republicana de 1931 y las efectuadas durante el régimen de Franco. La novedad consiste, como señala Garrido Falla, en lo detallado de la regulación, en los límites que se imponen a la misma.

En efecto, en los artículos mencionados de la Constitución española podemos constatar que la delegación

- a) se configura como una habilitación para ejercer la función legislativa mediante la atribución de una potestad nueva;
- b) únicamente puede delegarse al Gobierno;
- c) habilita para un ejercicio único y limitado de la función legislativa;
- d) no implica disminución de la plena potestad legislativa de las Cortes.

Esta construcción doctrinal en torno a la regulación que efectúa la CE es muy semejante, por no decir prácticamente igual a la de la Constitución italiana. En ambos supuestos, la norma delegada resultante tiene rango de ley y se produce a través de un poder nuevo que la ley de delegación con-

fiere, sin que la capacidad legislativa originaria del Parlamento quede afectada por la ley de delegación. Podría discutirse si cabe o no en la regulación española lo que en Italia se admite como delegación compleja, aunque, en última instancia, también la delegación compleja agota en actos únicos y complementarios el contenido de la delegación.

Se rechazan así aquellas teorías defendidas por un sector doctrinal (García de Enterría, entre otros), que pretendían asimilar la legislación delegada a las normas producidas como consecuencia de un reenvío recepticio. Y se admiten otras construcciones, como la de la habilitación alemana, a la que se añade el *novo* de la italiana, consistente en que, por disposición constitucional, la norma delegada tenga rango de ley. El rango de ley del decreto legislativo (que es el nombre que también adopta en España —a semejanza del caso italiano— la legislación delegada) deriva de la propia disposición constitucional. El art. 82 dispone que las Cortes «pondrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley...».

Antes de pasar al estudio concreto de la regulación que la Constitución efectúa hay que recordar que el planteamiento que el texto de 1978 realiza con carácter general sobre la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno se establece en los siguientes términos:

- 1) Atribución exclusiva al Parlamento de la facultad de dictar normas jurídicas de carácter general, de manera inicial e incondicionada, lo cual comprende tanto el principio de primacía de la ley como la existencia de reservas de ley en determinados supuestos.
- 2) Fijación muy precisa de las condiciones bajo las cuales el Parlamento puede habilitar al Gobierno para que éste dicte normas con fuerza de ley, es decir, los decretos legislativos.
- 3) Prohibición del poder reglamentario autónomo del Gobierno.
- 4) Circunscripción del poder normativo autónomo del Gobierno a los casos de extraordinaria y urgente necesidad y excluyendo determinadas materias.

Una vez sentados los principios de la distribución de la función legislativa, cuestión en la que no entraré por exceder de los planteamientos del tema, remito para su estudio a la bibliografía existente. Y pasaré a continuación a exponer en concreto la regulación efectuada por la Constitución española sobre las normas con valor de ley.

En realidad se trata de una producción normativa en dos fases: la delegación del Parlamento en primer término y la elaboración y aprobación del decreto legislativo por parte del Gobierno en segundo lugar:

### *La delegación del Parlamento*

Cuando el Parlamento delega en el Gobierno, la ley está renunciando a su primacía llamando al ejecutivo a legislar sobre materias que tenían reserva legal. Sin embargo, no todas las materias pueden ser reguladas a través de la legislación delegada. En este punto, la Constitución española es más explícita que la italiana (hemos visto que en Italia se producían ciertos conflictos en torno a la extensión de la reserva de ley) puesto que el punto 1 del artículo 82 señala expresamente que no puede el Parlamento delegar en el Gobierno sobre materias incluidas en el artículo anterior, es decir, en el art. 81 CE, que es aquel que define el concepto y el ámbito material de la ley orgánica. Cuando exista reserva de ley orgánica no cabe, pues, la legislación delegada. En los demás supuestos, la reserva de ley no juega en forma excluyente para el decreto legislativo y cabe la delegación parlamentaria. Sólo cuando una materia haya de ser regulada a través de ley orgánica (y la jurisprudencia constitucional española impone un concepto restrictivo de ese alcance material a las cuestiones que estrictamente estén incluidas en el mencionado artículo 81) no puede efectuarse una regulación mediante decreto legislativo.

El artículo 82 señala una serie de requisitos para que pueda efectuarse la delegación legislativa:

a) Su destinatario será el propio Gobierno, es decir, que no podrá efectuarse a ningún otro órgano del Estado y que tampoco será posible la subdelegación. Esta regulación, imponiendo una decisión asumida por el Gobierno en pleno, como en Francia e Italia, se aleja de la posibilidad de que tal facultad sea ejercitada por otros órganos, como es el caso de EE. UU., Inglaterra o Alemania. Se observa al respecto un criterio de adjudicación básico: la legislación delegada ha de ser aprobada por los órganos colegiados ejecutivos supremos cuando ha de integrarse en el ordenamiento jurídico con rango de ley; en los demás supuestos, cuando su valor jurídico es reglamentario, la habilitación puede tener como destinatarios los ministros y otros componentes de la función ejecutiva.

b) La delegación describirá expresamente la materia sobre la cual se delega en el Gobierno, no siendo posibles las delegaciones generales o imprecisas ni tampoco entender que la delegación se ha obtenido implícitamente. A este respecto, el Tribunal Constitucional español, en STC 83/1984, de 24 de julio (cuestión de inconstitucionalidad núm. 80/1983 con respecto de la base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional), identifica habilitación genérica con deslegalización para considerar que tras la aprobación de la Constitución de 1978, cuando esa deslegalización vulnera el principio

de reserva de ley, la habilitación no puede efectuarse por ser inconstitucional. La habilitación parlamentaria ha de ser, pues, expresa y precisa, siendo inconstitucionales las habilitaciones genéricas cuando la regulación haya de tener rango de ley (nada habría que objetar si se tratara de una habilitación en cuestiones que pudieran ser reguladas reglamentariamente, pero éste no es el caso que tratamos).

c) La delegación determinará también con exactitud el plazo de ejercicio, no pudiendo efectuarse delegaciones por tiempo indeterminado. No cabe, pues, aplicar, a falta de jurisprudencia constitucional al respecto, la habilitación permanente que se aplica todavía hoy en Inglaterra con base en una ley general de 1920. Quizá podría adoptarse el criterio seguido por la doctrina italiana, que exige de un acontecimiento futuro cierto, aunque no conste la fecha exacta en que debe agotarse la delegación.

El artículo 82 CE precisa minuciosamente la forma que han de adoptar las delegaciones parlamentarias. Establece que podrán adoptar dos formas generales: la de ley de bases, cuando el ejecutivo tenga que elaborar el texto articulado, y la de ley ordinaria, cuando el objeto de la delegación sea la refundición de varios textos legales en uno solo. Examinaremos la regulación de cada una de estas delegaciones, existentes ya formalmente a partir de la regulación de la Ley Orgánica del Estado y de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado como delegaciones que permitían que el ejecutivo promulgara decretos con fuerza de ley (según el Tribunal Supremo, estas normas no tenían rango de ley formal y eran publicadas como decretos con fuerza de ley derivados de las prerrogativas legislativas de Franco, con los subsiguientes problemas que existían en torno a su control). Precisamente para evitar toda la problemática que existía antes de su entrada en vigor, la Constitución de 1978 realiza una regulación tan minuciosa y detallada.

### 1. *Las leyes de bases*

Las bases fijadas por la ley de delegación van a constituir las directrices y los límites de la legislación delegada. En este sentido son una fijación enunciativa de los principios y orientaciones a que debe sujetarse el gobierno para redactar el texto articulado. Sin embargo, a veces se hace difícil averiguar hasta dónde debe llegar su grado de concreción, ya que, como es evidente, no pueden descender a pormenorizaciones y detalles técnicos. El artículo 82 habla de delegación expresa, que «delimitará con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio» (punto 4). En este punto, el Derecho comparado es bastante

dispar, puesto que, en Francia; el papel que han de desempeñar las ordenanzas es el de conseguir que el Gobierno pueda desarrollar su programa (las bases son, en el fondo, el programa gubernamental); el Tribunal Supremo americano ha exigido que quede claro el «*standar discernible*»; la Ley de Bonn, acercándose un poco más a la regulación española, impone la precisión del contenido el fin y la extensión de la delegación, y ya en forma muy semejante al art. 82.4 CE, la Constitución italiana habla de principios y criterios directivos y objetos determinados como exigencias de la ley delegante.

La Constitución protege a la ley de bases evitando tanto un ejercicio desvirtuado de la misma delegación como una intromisión de otras manifestaciones de la función legislativa que puedan incidir sobre la ley de delegación. Así, pueden entenderse la exigencia del art. 83.a), cuando prohíbe que la ley de bases autorice que el ejecutivo pueda modificar las bases (ni tan siquiera a través del decreto-ley podrían ser modificadas las bases fijadas por el Parlamento; la Constitución exige expresamente la delegación formal a través de una ley de bases), y la protección que supone el art. 84, cuando faculta al Gobierno a oponerse a una proposición de ley o enmienda contrarias a una delegación legislativa en vigor. Esta previsión constitucional deriva de la misma construcción jurídica de la delegación legislativa en el caso concreto de la regulación española, puesto que las Cortes conservan totalmente su genérica potestad legislativa, teniendo la delegación legislativa un carácter extraordinario no asimilable a la potestad parlamentaria.

La ley de bases tiene, pues, como efecto la habilitación al Gobierno para que éste pueda regular con rango de ley materias que en principio estarían reservadas a la normación del Parlamento. Se plantea en este punto el problema en torno a si las leyes de base podrían tener también como efecto el de la aplicabilidad inmediata; la jurisprudencia ordinaria anterior a la Constitución había adoptado el criterio general de la no aplicabilidad directa de las leyes de bases, pero con la salvedad de que, en supuestos excepcionales, sí podían tenerla; la STS de 3 de octubre de 1967, en torno a si la Ley de Bases de la Seguridad Social era o no directamente aplicable antes de la elaboración del texto articulado, argumentaba que «si bien de ordinario las leyes de bases no entran en vigor hasta que el texto articulado se publica..., no es menos cierto, que en determinados supuestos, algunos preceptos de aquéllas se aplican desde el primer momento», y la sentencia de 28 de noviembre del mismo año reitera esta posición especificando que la no aplicación inmediata de la Ley de Bases de la Seguridad Social «pugnaría indudablemente con la novedad legislativa». Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 no existe criterio diferencial en la jurisprudencia, si bien la doctrina se ha inclinado en parte hacia la posición italiana

(Predieri) de no considerar aplicable directamente la ley de bases, y sólo el decreto legislativo produce efectos en el sistema general, pero no puede ser producido si no hay una ley de delegación; la Ley de Bases tendría un único efecto habilitante.

## 2. *Las delegaciones para elaborar textos refundidos*

La Constitución señala que se conferirán a través de ley ordinaria, que deberá especificar si el contenido normativo de la norma delegada se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regular, aclarar y armonizar los textos legales que hayan de ser refundidos. Efectivamente, la refundición de textos, a pesar de que se suele argumentar que únicamente es una técnica para adaptar y clarificar la legislación preexistente, comporta un cierto *novum* en la regulación. Pero ese *novum* no puede llegar hasta el extremo de ser contradictorio con la regulación anterior ni con la habilitación parlamentaria, de tal forma que la ley de delegación deberá expresar hasta dónde el Gobierno puede refundir los textos anteriores, sistematizando y articulando en un texto único una pluralidad de normas que inciden sobre un mismo objeto, pero sin alterar la regulación material que de esa pluralidad de normas resulta. Evidentemente, el *novum* será mucho menor cuando el Gobierno tenga que formular simplemente un texto único que cuando la delegación se le conceda para armonizar la regulación anterior, depurando en este caso el ordenamiento jurídico.

La ley de delegación, por otra parte, deberá especificar y concretar el ámbito normativo que pretende refundir, indicando asimismo expresamente cuál es la legislación anterior afectada por la refundición. Y en este punto, la ley de delegación tendrá que estudiar con precisión el ámbito material de la refundición para evitar que pueda producirse una «deslegalización» en materias reservadas a la ley (cosa harto frecuente en las delegaciones de etapas anteriores), que afectaría a la misma validez del texto refundido resultante. Un supuesto concreto ya dictaminado por el Tribunal Constitucional es el de la STC 83/1984, de 24 de julio, ya citada con anterioridad, en el sentido de considerar inconstitucional tal deslegalización, pero sin que en el supuesto de hecho considerado, por tratarse de una deslegalización producida con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, se consideraran inválidas las normas reglamentarias ya existentes; en la sentencia, lo que se prohíbe es que puedan dictarse otras de nuevas.

### 3. *El control sobre la delegación parlamentaria*

Las leyes de bases y las leyes ordinarias de delegación son, como acabamos de ver, los procedimientos a través de los cuales se origina en proceso de formación de la legislación delegada con rango de ley. Nos encontramos, pues, ante una regulación cuya extensión y minuciosidad no es predicable del resto de regulaciones constitucionales, ni tan siquiera en el caso de Italia, que es de donde el constituyente español tomó los elementos básicos de esta manifestación excepcional de la potestad legislativa.

Tales mecanismos formales impiden que, a pesar de los precedentes de la época franquista, se puedan efectuar delegaciones a través de decretos-leyes como las que tuvieron lugar incluso en pleno período constituyente (me refiero a la disposición final 3.<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 5/1979, de 26 de enero, que contiene una expresa delegación legislativa para elaborar un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; esta delegación se realizaba coincidiendo en la práctica con la entrada en vigor de la Constitución). No cabe —la Constitución no presenta dudas al respecto— la delegación legislativa mediante decreto-ley; precisamente todas las cautelas que la Constitución impone a la legislación delegada derivan del abuso que de esta institución se había hecho en épocas anteriores. Así debe entenderse también la exigencia de que las leyes de bases no puedan conceder carácter retroactivo a la norma del ejecutivo resultante (art. 83 CE).

La construcción constitucional sobre la delegación legislativa como potestad que no merma en absoluto la función legislativa originaria de las Cortes, a pesar de que la norma del ejecutivo tenga valor de ley, determina también otras modalidades de control. Por una parte, las leyes de bases y las leyes ordinarias de delegación, en cuanto normas con valor de ley, pueden ser objeto del control de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional en virtud del art. 161.1.a) CE: «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes...» Por otra parte, las Cortes, que nada pierden de su propia potestad legislativa, pueden revocar la delegación efectuada en cualquier momento, pueden dictar una nueva delegación modificando a la anterior e incluso puede defenderse la posibilidad de que si las Cortes observan que el Gobierno está utilizando en forma no adecuada la delegación que se le otorgó, puedan suspenderla hasta obtener una rectificación de la postura gubernamental que resitúe la delegación en los límites adecuados.

Esta preeminencia de la voluntad parlamentaria sobre otro tipo de voluntades políticas se observa también en el art. 84 CE, cuando éste confiere

la última palabra al legislativo en caso de que el Gobierno se oponga a una proposición de ley o enmienda que sean contrarios a una delegación legislativa en vigor; es decir, mientras se está elaborando el decreto legislativo: «En tal supuesto —dice el art. 84— podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación.» Proposición de ley que deberá seguir el trámite normal en toda propuesta legislativa proveniente de las Cámaras y que derogará o modificará la Ley de Bases si consigue superar los escollos que las proposiciones de ley sufren en el trámite parlamentario. Al estudiar el control parlamentario sobre el decreto legislativo nos detendremos más en estas consideraciones.

*El desarrollo de la delegación:  
los decretos legislativos*

El art. 85 OE declara que las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de decretos legislativos. Esta denominación, de origen italiano, también fue adoptada por el sistema jurídico preconstitucional.

Una vez que el Parlamento ha delegado en el Gobierno, a través de una ley de bases o de una ley ordinaria de delegación, la entrada en vigor del decreto legislativo de desarrollo (texto articulado o texto refundido), agota la delegación. Ello significa que ya no podrán efectuarse nuevos decretos legislativos sobre la misma materia sin nuevas delegaciones parlamentarias habilitantes: Lo que sí será posible es que, con base en el decreto legislativo, se promulguen reglamentos de desarrollo; pero nos encontramos entonces ante la existencia, normal y necesaria con frecuencia, de un desarrollo reglamentario del decreto legislativo. No cabría, por supuesto, la incorporación de cláusulas de revisión del decreto legislativo a partir de nuevos decretos, que serían, en la práctica, una autoprorroga del Gobierno o podrían encubrir una delegación genérica que hemos visto sería anticonstitucional; en este caso se estaría procediendo no a un desarrollo reglamentario, sino a una quiebra del principio de legalidad.

Para que el decreto legislativo sea válido ha de seguir un procedimiento de elaboración reglado en el que cabe destacar la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado exigido por el art. 21 de la Ley reguladora de la mencionada institución. Este dictamen, que, salvo que la ley de delegación disponga lo contrario (y puede disponerlo, ya que así lo permite el artículo 2.2 de la misma ley), no es vinculante y debe ser emitido por el Pleno del Consejo antes de la aprobación del decreto legislativo por el Consejo de

Ministros (quien, como se ha dicho reiteradamente, es el único órgano previsto en la Constitución como destinatario de la delegación legislativa con rango de ley).

El decreto legislativo es una norma jurídica a la que la Constitución reconoce rango de ley. Como hemos visto, la legislación delegada debe ajustarse, formal y materialmente, a los términos de la delegación legislativa: debe emitirse *intra vires* de la delegación. Y en este punto se ha producido una cierta polémica en España alrededor de los *ultra vires*. La mayor parte de la doctrina administrativista, haciéndose eco de la realidad existente en la legislación delegada pre-constitucional y para poder posibilitar su control judicial, defendieron la postura de considerar que la existencia de *ultra vires* confería al exceso de delegación un carácter reglamentario (deslegalizaba en el fondo las materias que no cabían dentro de los límites de la delegación), y todavía hoy un cierto sector doctrinal es partidario de esta tesis (véase, por todos, la defensa realizada por E. García de Enterría en numerosas de sus publicaciones). Sin embargo, la cuestión de los límites que impone la ley de bases o de delegación no es una cuestión o problema de legalidad, sino de constitucionalidad; es la Constitución, en los artículos que hemos comentado sobre la regulación entre la delegación legislativa y la legislación delegada, la que impone el ajuste entre la ley de bases o la ley ordinaria de delegación y el decreto legislativo, ya sea texto articulado o texto refundido; es decir, la que exige la adecuación entre las dos fases de esta producción normativa compartida. Mal puede, pues, hablarse de exceso reglamentario. El incumplimiento de los límites que la delegación legislativa haya impuesto, lo que originará es la nulidad radical del texto legal resultante. Pero dejaremos aquí esta cuestión, estrechamente conectada al control que se ejercita sobre la legislación delegada, para estudiarla en el apartado específico del control.

#### *La legislación delegada en las Comunidades Autónomas.*

Cuando la Constitución regula la posibilidad de que el Parlamento delegue en el Gobierno la elaboración de normas con rango de ley, el art. 82 únicamente se refiere al Gobierno y las Cortes como sujetos de este procedimiento compartido de elaboración normativa. Se plantea, pues, el problema de la admisibilidad de que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas deleguen en los ejecutivos autonómicos para que éstos elaboren a su vez decretos legislativos para el ámbito de la propia Comunidad.

Semejante debate se produjo también en Italia, dada la estructura regional del Estado prevista en la Constitución aprobada tras la Segunda Guerra

Mundial. A nivel doctrinal, Mortati consideró que debía valorarse si la Constitución había efectuado una atribución o no a un órgano determinado de competencia legislativa y, en su caso, si le autorizaba o no a delegarla; de tal manera que si la potestad legislativa estaba adjudicada en exclusiva a un órgano o bien le estaba atribuida sin autorizar la delegación, únicamente él podía ejercitarla (la Corte Constitucional italiana ratificó esta doctrina). Virga defendió la teoría de la inderogabilidad de la competencia como principio esencial en el Derecho público, comportando la imposibilidad de delegación legislativa en el ámbito regional. Es general, pues, en Italia, la concepción negativa en torno a tal posibilidad.

Pero en Italia, la Constitución y los respectivos Estatutos regionales mantienen una concepción funcional y estructural diferentes a las de la Constitución y los Estatutos de Autonomía españoles en este punto. La Constitución italiana realiza una atribución concreta de potestades en la que la competencia legislativa de las regiones (si la tienen, puesto que las de «estatuto general» no tienen capacidad legislativa, al no preverse para ellas una Asamblea representativa o Parlamento regional) tiene unas dimensiones difíciles de delegar en los gobiernos regionales. Se ha mantenido, pues, la tesis de la inderogabilidad de la competencia constitucional en el sentido de que la Constitución únicamente posibilita delegaciones legislativas del Parlamento al Gobierno central. La Constitución española, por el contrario, formula una construcción en la que, sin contrariar los criterios generales doctrinales en torno a la inderogabilidad de la competencia, admite la posibilidad de que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas puedan, en ciertos casos, delegar en los ejecutivos autonómicos para que éstos realicen normas con valor de ley.

En efecto, la Constitución española regula la función legislativa con amplitud y sin efectuar una declaración de monopolio de la Asamblea representativa; esta falta de concreción permite a Muñoz Machado argumentar en favor de la admisión de los decretos legislativos de las Comunidades Autónomas cuando así lo establezcan sus Estatutos. El art. 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por su parte, ha reconocido implícitamente esta posibilidad cuando establece que cabe el recurso de inconstitucionalidad contra «leyes, actos y disposiciones con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas».

Por otra parte, uno de los principios básicos del Estado compuesto, como es el Estado de las Autonomías, es el de la pluralidad de ordenamientos, es decir, la existencia de un doble sistema de fuentes en cada Comunidad Autónoma: el general para todo el Estado, y el propio de cada Comunidad encabezado por su Estatuto de Autonomía. Si la Constitución no se opone a la exis-

tencia de delegaciones legislativas en el ámbito autonómico, y los Estatutos de Autonomía admiten expresamente que su Parlamento pueda delegar en el respectivo órgano ejecutivo colegiado, cabe concluir en sentido afirmativo la pregunta sobre la viabilidad de los decretos legislativos autonómicos.

Dos serán, en consecuencia, las condiciones básicas para que los Parlamentos autonómicos puedan efectuar delegaciones legislativas:

La primera, que tal posibilidad esté reconocida en el Estatuto de Autonomía de forma expresa. Veremos en seguida los problemas que se plantean en caso de silencio estatutario.

La segunda, que el ejercicio de la delegación se ajuste en todos sus términos a lo dispuesto para las delegaciones legislativas de las Cortes al Gobierno del Estado. Si la delegación legislativa constituye una recomposición de las relaciones legislativo-ejecutivo con respecto del sistema de producción normativa, los principios en los que se basa la regulación constitucional deben ser tenidos también en cuenta en las delegaciones autonómicas, sobre todo para que no se quiebre la estructura de la delegación en el sentido de asegurar que el legislativo mantenga intactas sus facultades, pese a la existencia de delegación, y también para que la norma delegada se ajuste a los términos de la habilitación del legislativo.

En consecuencia, siempre que un Estatuto de Autonomía reconozca la posibilidad de la legislación delegada, ésta es perfectamente ejercitable dentro de los límites que la Constitución impone a las leyes de bases y las leyes ordinarias de delegación que han sido descritos con anterioridad. El problema se plantea en los casos en que los Estatutos no han previsto la legislación delegada. En estos casos, el ejercicio de la delegación es discutible, a pesar de que en algunas Comunidades Autónomas se ha introducido a través de leyes internas. En estos supuestos se podría defender que, en general —porque hay excepciones— no es legítima la extrapolación, ya que si los Estatutos hubieran querido recoger tal figura, lo hubieran hecho expresamente y, por tanto, contradeciría su voluntad si se atribuyera potestad legislativa a órganos distintos a los allí contemplados.

Si examinamos la regulación que los diversos Estatutos han efectuado, observamos que la mayor parte de ellos han introducido la legislación delegada, si bien las fórmulas de adopción empleadas han sido diversas:

a) Los Estatutos de Cataluña, Galicia, Cantabria, La Rioja, Aragón, Castilla-La Mancha, Navarra, Baleares, Madrid y Castilla-León han regulado expresamente la delegación legislativa en los respectivos ejecutivos autonómicos, dentro de los límites impuestos por la Constitución. Incluso una parte de los mismos han instituido un ámbito más restringido que el marcado en la Constitución.

b) Las restricciones efectuadas como un «plus» suplementario a las establecidas por la Constitución son las siguientes: el Estatuto de Cataluña excluye las leyes de desarrollo básico del Estatuto, el presupuesto de la Generalitat y la elaboración de las leyes que le hayan sido delegadas por las Cortes (arts. 34.1 y 32); la Ley de Amejoramiento del Fuero de Navarra establece que no procederá tal delegación en los supuestos en que (parafraseando la exclusión debida a la reserva de ley orgánica) se exija mayoría absoluta para la aprobación de las leyes forales (art. 21.1), y el Estatuto de Castilla-León establece criterios muy restrictivos en el art. 14.2. En todos estos supuestos, el Estatuto había admitido expresamente la figura de la legislación delegada.

c) El Estatuto vasco, en el art. 33.3, remite a una ley del Parlamento autónomo para regular las relaciones del Gobierno con el Parlamento. Por Ley 7/1981, de 30 de junio, en el art. 18 se autoriza la delegación legislativa al Gobierno vasco, y el Título VI de la misma ley regula los decretos legislativos, señalando el art. 52 más restricciones materiales que las previstas en la regulación general de la Constitución. Se ha discutido la corrección de la regulación vasca, considerándola algunos autores rechazable (Entrena Cuesta) y otros adecuada a la Constitución (Lasagabaster) porque la Ley 7/1981 procede directamente de un precepto del Estatuto. Martín Mateo, a pesar de su oposición general a la legislación delegada, no prevista estatutariamente, argumenta que, excepcionalmente, la Ley vasca es congruente con la Constitución y el Estatuto, ya que, de hecho, está articulando un procedimiento parlamentario especial más que una delegación propiamente dicha, en cuanto que una vez realizado por el Gobierno el encargo recibido se tramita el texto por el procedimiento de lectura única ante el Pleno del Parlamento para su debate y votación de totalidad.

d) El Estatuto de Andalucía realiza un reconocimiento implícito de la legislación delegada en tanto en cuanto que el art. 45.1 establece que el control de constitucionalidad de las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley corresponde únicamente al Tribunal Constitucional.

e) En el caso de Murcia y Canarias, los Estatutos nada regulan al respecto. Pero ambos Parlamentos autonómicos han elaborado leyes en las que se reconoce la existencia de la legislación delegada. La Ley de 12 de octubre de 1982, del Parlamento murciano, establece en el art. 10.3 que corresponde al Consejo de Gobierno dictar decretos legislativos previa autorización de la Asamblea. Y la Ley de 14 de abril de 1983 del Parlamento de Canarias, en el art. 21, reconoce una participación del Gobierno en la función legislativa a través de la facultad de dictar decretos legislativos previa delegación expresa del Parlamento en los términos previstos en el art. 82 de la Constitución.

f) Los Estatutos de Asturias, Valencia y Extremadura, en último término, nada dicen respecto de la legislación delegada.

Desde otro orden de consideraciones cabe también señalar la diferencia existente entre la delegación legislativa en el ámbito autonómico, que va seguida —cuando procede— de un decreto legislativo y las leyes que las Comunidades Autónomas pueden elaborar en virtud de la técnica del art. 150.1 de la Constitución. Este artículo permite la ampliación de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en base a habilitaciones concretas efectuadas por leyes de las Cortes. En estos supuestos, las Cortes «amplían» las competencias de las Comunidades Autónomas, dándoles una mayor extensión y la habilitación se confiere a través de la fórmula de una «ley-marco» absolutamente diferente de una ley de bases o de habilitación al ejecutivo. No es posible el decreto legislativo autonómico como consecuencia de una ley-marco estatal. La legislación delegada tiene un ámbito y una funcionalidad diferente: se produce dentro de cada ordenamiento jurídico; es decir, en el ámbito del Estado o bien en el ámbito autonómico, de legislativo a ejecutivo, sin que se pueda efectuar (la Constitución así lo dispone) una delegación de las Cortes a un ejecutivo autonómico. Por otra parte, cuando se produce una delegación legislativa para dictar normas con valor de ley, el resultado de la delegación es un decreto legislativo (del Gobierno central o del Gobierno autonómico, según sean las Cortes o la Asamblea de la Comunidad Autónoma quienes han efectuado la habilitación); mientras que en el caso de la ley-marco, las Cortes delegan en la Comunidad Autónoma y el desarrollo de la ley puede adoptar tanto la forma de ley como de reglamento, según los términos que haya establecido la ley-marco originaria de la acción legislativa de la Comunidad.

#### EL CONTROL SOBRE LA LEGISLACION DELEGADA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

La legislación delegada queda configurada como aquella facultad que tienen los Gobiernos para legislar a través de una delegación efectuada por los Parlamentos. Pero, como hemos visto, en todos los Estados no tiene el mismo rango: en algunos, los decretos legislativos en Italia y España y las ordenanzas en Francia tienen rango de ley; en otros, la legislación delegada únicamente puede tener valor reglamentario, como es el caso de Alemania o Gran Bretaña, a pesar de que, a veces, como en los Estados Unidos, los efectos de tales reglamentos puedan ser prácticamente iguales a los de las leyes elaboradas por las Cámaras.

La diferencia de rango es altamente significativa para determinar el control a que puede ser sometida tal legislación delegada. Es general en todo el Derecho comparado el control judicial sobre los reglamentos; en todos los Estados, los tribunales ordinarios tienen facultades de control sobre los mismos y, por consiguiente, si las normas reglamentarias delegadas no se ajustan a los límites de la delegación, la determinación de su legalidad o ilegalidad corresponderá a los órganos judiciales. Sin embargo, cuando la legislación delegada adquiere valor o rango de ley, el problema de su control adquiere otros matices: el exceso en la delegación, los *ultra vires*, implican inconstitucionalidad porque son las Constituciones las que imponen la obligación al Gobierno de mantenerse dentro de los límites de la delegación, de tal manera que, anticipando una de las conclusiones del tema, el control sobre los mismos corresponderá a los Tribunales o Consejos Constitucionales.

Esta es, simplificando —pues ya veremos que la cuestión es bastante más complicada—, una de las manifestaciones del control sobre la legislación delegada: control de constitucionalidad (tanto formal o de procedimiento como material o de contenido), cuando la legislación delegada tenga rango de ley, y control de legalidad (también formal y material), cuando tenga rango reglamentario.

Pero el control sobre la legislación delegada adquiere también otras connotaciones o manifestaciones derivadas de la función que, después de la evolución habida en los últimos decenios, hoy día cumple la delegación legislativa. En efecto, los Parlamentos delegan continuamente en los Gobiernos, con carácter formalmente excepcional, pero de importantes contenidos, la facultad de elaborar normas; las exigencias del Estado social y democrático de Derecho favorecen el desarrollo de esta forma de legislar: en Francia, la misma Constitución prevé las ordenanzas como instrumento para llevar a término el programa del Gobierno; en España, a pesar de que no se prevé que los decretos legislativos cumplan esa función, si examinamos las materias objeto de los mismos, concluiremos que con ellos se están llevando a cabo verdaderos objetivos de política económica, fiscal o sanitaria, incluso de defensa de los derechos de los ciudadanos, cuestiones todas ellas de suma importancia, que, con carácter general, están reservadas a la regulación parlamentaria, pero que implican la puesta en práctica de verdaderos programas gubernamentales. La legislación delegada, ya se había advertido, constituye uno de los instrumentos jurídicos de puesta en práctica de políticas públicas. De ahí la existencia de un control técnico-político a cargo de órganos especializados (secretarías técnicas, organismos asesores) o incluso de los propios órganos gubernamentales (como, por ejemplo, la intervención del mismo presidente estadounidense).

Desde otra perspectiva cabe destacar la importancia que reviste el control parlamentario sobre el ejecutivo, en especial en la elaboración y control posterior de estas normas delegadas que han tenido su origen en la apertura realizada por el legislador al Gobierno y la Administración para que éste regule materias reservadas en principio a la ley, y todavía más si el rango de la legislación delegada es de norma primaria. El Parlamento, como órgano soberano y representativo, puede delegar en el Gobierno por motivos de técnica y eficacia jurídica, pero la delegación no constituye una norma en blanco que pueda ser desarrollada en cualquier sentido por el Gobierno; éste ha de seguir los criterios y directrices marcados por la Cámara. Ciertamente, en los sistemas políticos presidenciales o con tendencia al presidencialismo, la elección por sufragio universal confiere un relativo *plus* legitimador al presidente, y, como consecuencia, las normas emanadas del ejecutivo gozarán de un cierto nivel participativo en tanto en cuanto la máxima figura del ejecutivo lo es en virtud de elección popular; pero, aun en estos casos, al ser el Parlamento el titular directo de la función legislativa y emitirse la legislación delegada con base a instrucciones concretas de la Cámara, se impone asimismo que el legislativo mantenga el control sobre lo que ha delegado; en estos Estados existirá un control directo sobre la norma delegada tanto por parte del ejecutivo como por parte del legislativo. Por otra parte, en los regímenes parlamentarios, al quedar el Parlamento configurado como la institución central del sistema político y precisar el Gobierno de la confianza parlamentaria, la primacía del Parlamento conferirá a éste un nivel de control mayor sobre la legislación delegada; al menos, teóricamente, debería ser así por el mayor grado de representatividad que tiene el Parlamento en estos sistemas al ser esta institución la única elegida directamente por sufragio universal.

Ya exponíamos al inicio de este trabajo que, en cuestiones de delegación legislativa, está en juego la misma esencia de la soberanía popular. Las Constituciones actuales, dotadas de eficacia jurídica directa y defendidas a través de los órganos de control constitucional, pretenden que la gobernabilidad vaya unida a la legitimidad, que la eficacia jurídica vaya acompañada del mayor grado de integración política posible. De ahí que en gran parte de las mismas se compagine el principio básico de la democracia representativa con algunas instituciones de participación directa. Esta idea de fondo también trasluce en algunas regulaciones sobre la elaboración y el control de la legislación delegada, en especial cuando las Comisiones parlamentarias y los consejos asesores tienen la posibilidad de incorporar a sus trabajos a interesados, afectados, usuarios, expertos, etc., ya sea directamente o a través de sus organizaciones o asociaciones representativas.

Estos tres principios, el de legalidad o constitucionalidad, el de eficacia en los programas y el de integración legitimadora van a ser los vértices de los sistemas de control que se han instituido sobre la legislación delegada, que examinaremos a continuación. Primero, en una perspectiva semejante a la adoptada al analizar la regulación general de la delegación legislativa, y, en segundo lugar, teniendo en cuenta las disposiciones y las posibilidades configuradas por la Constitución española. En todas ellas, teniendo en cuenta la existencia de controles previos a la aprobación del texto definitivo de la norma delegada que se efectúan durante su proceso de formación y también de controles posteriores que afectarán a su misma validez jurídica.

### *El control sobre la legislación delegada en Gran Bretaña*

Podemos establecer un triple nivel de control en torno a los «Statutory Instruments»: control indirecto a través de una serie de medidas precautorias de la corrección formal y material de la norma delegada; control parlamentario, tanto resultante del control general que el Parlamento tiene sobre el Gobierno como del escrutinio y valoración de los textos normativos del ejecutivo; control jurisdiccional sobre los *ultra vires* o excesos de delegación en que haya podido incurrir el ejecutivo.

El control indirecto sobre los «S. I.» se ha ido introduciendo progresivamente hasta que después de la Segunda Guerra Mundial se ha consolidado el control del Comité de Legislación del Gabinete que efectúa estudios previos sobre la norma a elaborar y, por otra parte, la consulta obligatoria a los «interesados» a quienes va a afectar la medida legislativa.

El Parlamento, desde la *Statutory Instrument Act* de 1946 realiza dos tipos de control sobre la legislación delegada:

a) Control previo, revisando los términos de la delegación y aceptando en depósito los «S. I.» a través de diferentes procedimientos:

- depósito de un «borrador» o proyecto gubernamental, que puede ser modificado;
- depósito del texto definitivo pero estableciendo un plazo o «cuarentena» para obtener la aprobación parlamentaria, so pena de decaimiento (no entra en vigor si no obtiene la aprobación del Parlamento);
- depósito con cuarentena, pero entrando en vigor el texto inmediatamente desde su depósito en el Parlamento, a menos que se apruebe una anulación explícita de la medida legislativa del ejecutivo;

— depósito con sometimiento a un «procedimiento afirmativo» o «negativo» de totalidad, en el que no caben enmiendas, de manera que el Parlamento pueda aceptar o rechazar el texto, pero no modificarlo.

b) Control parlamentario *a posteriori*, que puede adoptar dos modalidades:

- control técnico o de forma por un Comité conjunto de las dos Cámaras inglesas;
- control de fondo, sobre el contenido de la delegación, a realizar en un Comité permanente de la Cámara de los Comunes.

En cuanto al control jurisdiccional, a pesar de que fue muy difícil establecer, por la negativa reiterada a aceptar el control de los jueces sobre la legislación, en la actualidad puede realizarse a través de dos sistemas. El sistema general para el control de los *ultra vires*, que se puede interponer *ab initio* en el momento de publicación de la norma, pero que, a pesar de que no existe reglamentación o legislación al respecto, se admite que para no deteriorar el principio de seguridad jurídica no se interponga tal procedimiento, pasado cierto plazo desde la entrada en vigor del «S. I.». La otra forma de controlar la legislación delegada se realiza a través de los procedimientos comunes del *common law* establecidos para la defensa de los derechos de los ciudadanos; sería ésta una forma indirecta de control, obtenida a través de la reclamación de un caso concreto, que podría llegar a convertirse en un procedimiento de anulación judicial —en todo o en parte— del *Statutory Instrument*.

Muchas veces, para evitar el control judicial, el Parlamento aprueba —ya ha sido indicado anteriormente— un *bill* de indemnidad. En este caso no se trata de un verdadero control parlamentario, sino de una ley posterior de la Cámara, que, de hecho, modifica *a posteriori* las bases primitivas.

#### *El control sobre la legislación delegada en los Estados Unidos*

En los EE. UU., tanto el Presidente como el Congreso pueden establecer procedimientos de control sobre la legislación delegada que derivan de la estructura funcional del sistema político americano: si bien el Congreso tiene formalmente la competencia legislativa en exclusiva, y la Administración únicamente puede ejercer el poder normativo en base a una explícita y limitada ley de delegación, el ejecutivo no es responsable políticamente ante el Con-

greso, y, como consecuencia, éste carece de mecanismos legales de acción y control directo en muchos supuestos, y no puede obligar a declarar ni al Presidente ni a los propios órganos ejecutivos si no son casos muy especiales y concretos. Al resultar tan difícil el control parlamentario, la legislación delegada se ha visto sometida a una serie de controles externos, básicamente a través de la *judicial review* y el control de organismos burocráticos, aunque el control parlamentario no se ha perdido del todo, como veremos enseguida.

El Presidente americano dispone, ya por competencia «autónoma» propia o por delegación del Congreso, cuotas no indiferentes de *rulemaking power*, es decir, de potestad de iniciativa, de enmienda y de veto sobre cualquier decisión del ejecutivo que no consista en adjudicaciones quasi-judiciales, autorizaciones y actos de relevancia fiscal. A través de esta facultad presidencial se ha establecido progresivamente un control sobre la legislación delegada, primero sobre normas en materia de protección del ambiente y después se ha ido extendiendo y consolidando hasta que en la «Resolución A» de 1979 se predica de prácticamente todas las materias (exceptuando las señaladas anteriormente). Al mismo tiempo, en los años setenta se consolidó también la práctica de someter la actividad normativa de todas las Agencias al control de un Consejo presidencial que examinara su compatibilidad con el programa de relanzamiento económico. Y a partir de 1978 se ha favorecido la participación de los interesados en el procedimiento de *rulemaking*, obligando a todas las agencias federales a respetar y hacer efectiva tal participación. En la práctica, la acción de control de tales organismos ejecutivos se realiza mientras se está elaborando la norma, y la intervención del Presidente, aunque nada impide que se produzca también durante el proceso de elaboración, se suele dar con posterioridad a la fijación de los términos de la legislación delegada. Además, el Presidente tiene también la facultad de, en el plazo de treinta días, intervenir a través de diferentes medidas legislativas (*executive orders*, por ejemplo), modificando o derogando cualquier decisión administrativa. Si tenemos en cuenta que los efectos de ciertas decisiones presidenciales (entre ellas las *executive orders*) son prácticamente iguales a los de las leyes emanadas del Congreso, nos encontramos ante unas facultades presidenciales de extraordinaria importancia.

Sin embargo, el Congreso americano conserva ciertas prerrogativas derivadas de su posición constitucional como detentador «exclusivo» de la función legislativa, mediante las cuales puede interponer el *legislative veto*, aun después de la intervención presidencial. De hecho, este *legislative veto* funciona de una forma semejante a las resoluciones negativas del Parlamento inglés, pero sus efectos son muy diferentes. El Congreso tiene un plazo, generalmente

de sesenta días, para suspender la operatividad o bien modificar actos delegados específicos del Presidente, los cuales no entrarán en vigor hasta que no acabe el plazo suspensivo. Es, pues, un veto únicamente suspensivo que el Congreso utiliza sobre todo como arma de negociación.

Por último, cabe citar el control judicial sobre los posibles excesos de delegación, transgresiones de forma o vicios del procedimiento, que será efectuado por los tribunales.

### *El control sobre las ordenanzas en Francia*

La configuración complementaria de la reserva de ley y reserva de reglamento en Francia articula un control sobre la legislación delegada no exento de problemas.

En primer lugar hay que señalar que no se ha instrumentado con carácter general el procedimiento que permita el acceso de los interesados o afectados a la elaboración de las ordenanzas. La misma funcionalidad de tales normas (llevar a cabo el programa de Gobierno) les concede unas características en las que ha primado la acción gubernamental sobre la posibilidad de participación en su elaboración.

En cuanto al control jurisdiccional sobre las ordenanzas, hay que situarlo dentro del esquema francés en torno al control y delimitación entre ley y reglamento. En general, es el Consejo de Estado quien controla al reglamento y el Consejo Constitucional quien controla la ley. El problema, en el caso de la legislación delegada, se planteó cuando a doctrina administrativa, para justificar el control del Consejo de Estado sobre tales normas, les atribuyó naturaleza intrínsecamente reglamentaria, a pesar de tener fuerza de ley. Este hecho originó que, incluso después de la creación del Conseil Constitutionnel, el Consejo de Estado pretendió continuar decidiendo sobre su validez en los casos problemáticos, ya que es de su competencia conocer los recursos de anulación contra decretos.

Dentro de esta tónica de fricción entre Consejo de Estado y Consejo Constitucional, muy frecuente durante los primeros años de implantación del segundo, la polémica continuó hasta que éste consolidó su posición en torno al control de constitucionalidad y declaró, en decisión del 29 de febrero de 1972, que las ordenanzas tenían una naturaleza jurídica legislativa (no reglamentaria) y que era el propio Consejo Constitucional quien podía precizarla en caso de duda. La legislación delegada, las ordenanzas francesas, son controladas, pues, por el Consejo Constitucional como toda norma con rango de ley.

El Consejo de Estado, por su parte, mantiene el control previo sobre las mismas, puesto que la Constitución impone que antes de la aprobación en Consejo de Ministros las ordenanzas deben obtener preceptivamente el dictamen favorable del Consejo de Estado.

Y no puede obviarse la cuestión de la ratificación parlamentaria exigida por el artículo 38 de la Constitución. La ratificación, que se efectúa como condición inexcusable para la consolidación jurídica de la ordenanza, más que un procedimiento de control es un trámite de conversión en ley. A pesar de que Duguit considera inadecuado el control parlamentario por entender que la delegación implica confianza (*trust*), los términos constitucionales son muy claros y constituyen uno de los medios de actuación parlamentaria de mayor eficacia. Otro problema sería el derivado de los efectos que hubiera producido una ordenanza desde su publicación si *a posteriori* no obtuviera la ratificación parlamentaria; pero su examen no entra dentro de los objetivos de esta exposición.

#### *El control sobre la legislación derivada de la habilitación parlamentaria en Alemania*

En Alemania, ya ha sido destacado anteriormente, las habilitaciones al ejecutivo originan normas de valor reglamentario y únicamente en los casos «de necesidad» el Tribunal Constitucional ha admitido que puedan tener valor legislativo:

La peculiar configuración del federalismo alemán, con un complejo entramado administrativo, estatuido entre los *Länder* y la *Federación*, ha configurado unos procedimientos de elaboración de las normas administrativas en los que la participación de ambos niveles de poder público se ha hecho absolutamente necesaria a efectos de conseguir racionalidad y eficacia en la distribución de competencias.

En este sistema jurídico, donde quedan refundidos en una sola pieza el reglamento y la legislación delegada, el sistema de control jurisdiccional es muy amplio, correspondiendo a los Tribunales federales administrativos el control sobre cuestiones de forma y de fondo, con base en el principio de legalidad.

Sin embargo, tras la Ley Constitucional de Reforma de 1969 y la introducción del control de constitucionalidad especializado, el Tribunal Constitucional alemán puede acceder también a controlar la constitucionalidad de la legislación delegada, pues su ámbito de actuación es muy amplio, abarcando desde la ley como acto típico del poder legislativo hasta los actos administra-

tivos y los propios del poder judicial. A ello se añade una amplia legitimación activa que, en determinados casos, llega hasta el acceso directo de los particulares a la justicia constitucional para instar el control de constitucionalidad.

Por otra parte, como consecuencia de la configuración doctrinal de la habilitación, se admite en Alemania la posibilidad de que los reglamentos jurídicos tengan condicionada su existencia al acuerdo del *Bundestag* (incluso, aunque con problemas de interpretación, al de otros órganos), aparte de que, en determinadas cuestiones (sobre todo en las que afectan a competencias de los *Länder*) se requiere el acuerdo del *Bundesrat*.

### *El control sobre el decreto legislativo en Italia*

Los decretos legislativos italianos, al igual que los españoles, son legislación delegada con valor de ley.

Ya quedó explicado en su momento que estas normas eran elaboradas con la participación de unas Comisiones parlamentarias a las que podían ser llamados expertos, interesados o técnicos, y que antes de su aprobación por el Gobierno se precisaba el dictamen del Tribunal de Cuentas. Estas dos intervenciones, anteriores a la aprobación del decreto legislativo, funcionan como mecanismos de control previo, uno parlamentario y otro interno de la propia Administración, para asegurar la necesaria interrelación entre la ley de delegación y el decreto legislativo subsiguiente.

En cuanto al control jurisdiccional de la legislación delegada en Italia, cabe resaltar, pese a los intentos de algunos sectores doctrinales de sustraer al control del Consejo Constitucional el examen de estas normas, que el Consejo ha retenido incluso el examen de la delegación legislativa anterior a la entrada en vigor de la Constitución.

La polémica doctrinal se situaba en la distinción entre posibles vicios de la ley delegada por contraste con la ley delegante. Podía existir un exceso de delegación cuando no se hubieran observado los principios y los criterios directivos o se hubieran violado determinadas obligaciones procesales fijadas por el legislador delegante. Pero también circuló la tesis de la falta absoluta de delegación, cuando la ley delegada se hubiera emitido fuera de plazo o cuando se hubiera desorbitado el objeto de la delegación; en estos supuestos tuvo un cierto éxito la opinión consistente en considerar que la no existencia de cobertura delegante confería valor reglamentario a la norma del ejecutivo, y que, como consecuencia, su control debía corresponder a los tribunales ordinarios. Con la decisión de la Corte Constitucional antes apuntada, esta

distinción carece absolutamente de relevancia, y es la propia Corte Constitucional la única que puede entrar a revisar la corrección de los decretos legislativos.

EL CONTROL DE LA LEGISLACION DELEGADA  
EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Del análisis de la regulación que en otros ordenamientos jurídicos se efectúa sobre el control de la legislación delegada se deduce que, según las estructuras de poder diseñadas en las Constituciones, se acentúa una forma de control u otra (intervención mayor del ejecutivo en los presidencialismos o de las Cámaras en los sistemas parlamentarios), al propio tiempo que subsiste en todos ellos el control jurisdiccional. En este último punto, la cuestión «clave» para definir a quién corresponde efectuarlo (los tribunales ordinarios o los órganos de control constitucional) es el rango que el ordenamiento concede a la legislación delegada: cuando ésta tiene carácter reglamentario el control corresponde a la jurisdicción ordinaria, y cuando tiene rango de ley, a la jurisdicción constitucional (aunque existen excepciones, como es el caso del recurso contra reglamentos en Alemania).

Vemos a continuación cuál es el planteamiento que se realiza en la legislación española. Hay que advertir, no obstante, que la doctrina no es pacífica al respecto y que los antecedentes históricos inmediatos forjaron sendas proposiciones doctrinales todavía hoy muy arraigadas en el mundo jurídico. Comenzaremos examinando la problemática planteada en la regulación pre-constitucional, para analizar después la regulación actual sobre el control jurisdiccional, el control parlamentario, el de los organismos consultivos y otras posibles formas de control.

Una última advertencia previa: se ha admitido en la regulación jurídica española que en las Comunidades Autónomas pueda también darse el supuesto de la delegación legislativa, es decir, se consideran perfectamente admisibles los decretos legislativos autonómicos (dentro de las condiciones examinadas con anterioridad). El rango de tales decretos legislativos es el mismo que el de los elaborados por el Gobierno del Estado y tienen idéntico fundamento doctrinal y funcional, si bien dentro del ámbito de la propia Comunidad Autónoma. Por consiguiente, todo aquello que a continuación se explicará les será aplicable en sus rasgos generales. Sin embargo, podrían darse puntualizaciones en aspectos concretos; en caso de que sean determinantes, se realizará una referencia explícita sobre las mismas. Por lo general, analógicamente a la regulación del decreto legislativo estatal podrá pensarse en los mismos medios de control respecto de los decretos legislativos autonómicos.

### *La regulación pre-constitucional*

Durante buena parte de la etapa histórica franquista, la legislación delegada permaneció inmune frente a todo control. Del examen de la forma en que se realizaron las delegaciones y del desarrollo que de las mismas efectuó el ejecutivo, además de la jurisprudencia que al respecto emitió el Tribunal Supremo, se desprenden las siguientes constataciones:

- No era preciso que fueran las Cortes quienes efectuaran la delegación. El decreto-ley también servía para delegar en el mismo ejecutivo y la existencia de las «leyes de prerrogativa» del Jefe del Estado justificaba también la existencia de ciertas delegaciones implícitas (este argumento justificó asimismo excesos de delegación; véase al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 26 de octubre de 1961).
- Las normas delegadas, tuvieran la denominación que tuvieran, eran consideradas por la jurisprudencia como normas con fuerza de ley simplemente por derivar de una ley de autorización; en la Sentencia de 16 diciembre 1959, la misma Sala del Tribunal Supremo disponía que: «La orden ministerial... tiene idéntica fuerza de obligar y la misma jerarquía que le otorga la autorización», confiriéndole fuerza de ley por derivar de una norma de las Cortes en las que se delegaba en el ejecutivo.
- La existencia de las leyes de delegación era considerada formalmente como «presupuesto previo de procedibilidad», y, sin embargo, el Tribunal Supremo rehuyó sistemáticamente el enjuiciamiento de los decretos y otras normas delegadas argumentando que la fuerza de ley de los mismos excluía el control por vía contencioso-administrativa, lo cual originó que
- Los excesos de delegación no fueran justiciables; si el ejecutivo se excedía, la fuerza de ley de la ley de delegación amparaba a la norma delegada, y el Tribunal Supremo, negando sus poderes de control, reconocía un ámbito de soberanía legislativa a la Administración.

Frente a esta situación de inmunidad de las normas delegadas, un sector de la doctrina consideró, a través de la adopción del reenvío recepticio como fundamento del rango de ley de los decretos legislativos, que los excesos de delegación tenían valor reglamentario y, como consecuencia, podían ser controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa. Con ello se quebraba el traslado automático de rango entre norma delegante y norma de delegación

y se posibilitaba el control sobre los *ultra vires*. García de Enterría opina al respecto que al ser predicable el rango de ley sólo *intra vires* de la delegación, el juicio *ultra vires* no es una crítica a la ley de delegación, sino precisamente su defensa.

La consideración de que los *ultra vires* tenían carácter reglamentario no se redujo únicamente al ámbito doctrinal. La misma legislación adoptó este criterio, siendo muy claro al respecto el párrafo 3 del artículo 11 de la Ley General Tributaria cuando dispone que en el supuesto de las delegaciones efectuadas por dicha ley «... sus preceptos tendrán la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación o ésta hubiere caducado por transcurso del plazo o hubiera sido revocada». Pero ello no se tradujo en un control más efectivo por parte de los tribunales.

Varias veces fue utilizado también el recurso de la convalidación posterior de las Cortes sobre un texto legislativo delegado y presuntamente viciado. Tomando como antecedente la convalidación del decreto que articulaba el Código Civil, que el Tribunal Supremo, a pesar de contener el texto visibles excesos legislativos, se negó a supervisar argumentando la posición superior de las Cortes y la subsiguiente subsanación de vicios mediante la ratificación, se utilizó esta técnica durante el franquismo. Pero no como una manifestación del control que una Cámara efectuara sobre la facultad de legislar que había delegado sometida a límites, sino para obviar la posibilidad de un control judicial sobre los excesos de delegación.

Tampoco tuvieron éxito otras posibles formas de control. Si bien es cierto que las Cortes podían revocar la delegación, acabamos de ver que la Ley General Tributaria reconocía valor normativo (reglamentario) a la norma del ejecutivo derivada de una delegación revocada o caducada, de tal forma que la voluntad de la Cámara quedaba absolutamente obviada.

Y con respecto del preceptivo control previo del Consejo de Estado exigido por el art. 10.4 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cabe señalar que recibió un tratamiento jurisprudencial discordante. A veces fue considerado trámite, cuya no observancia constituía nulidad radical de la norma de carencia y otras —aunque las menos— recibió calificaciones de menor repercusión. En realidad, a pesar de que era solicitado casi siempre, el fondo del dictamen no pesaba en exceso sobre el órgano ejecutivo encargado de redactar la norma delegada: muchos decretos delegados contienen las exposiciones de motivos o preámbulos el eufemismo «de acuerdo en lo esencial con el Consejo de Estado» para no decir claramente que el contenido de la norma era básicamente contrario al del dictamen.

*El control jurisdiccional sobre la legislación delegada  
en la Constitución*

Cuando la Constitución española de 1978 establece las modalidades que puede presentar el control sobre la legislación delegada dispone que: «Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control» (art. 86.2).

Es necesario, pues, averiguar qué significa la referencia concreta a los Tribunales para establecer en qué forma ha de realizarse el control jurisdiccional sobre los decretos legislativos. Algunos sectores doctrinales (García de Enterría y Garrido Falla, entre otros) han pretendido que la referencia a los Tribunales ratificaría aquella posición que, con determinada finalidad y necesidad, defendieron para poder someter a control la legislación delegada del franquismo, y, otorgando valor reglamentario a los *ultra vires*, concedería el examen de los decretos legislativos a la jurisdicción contencioso-administrativa por entender que se trataba en el fondo de un recurso contra reglamentos, ya por vía directa o incidental.

Esta posición, comportando la aceptación de la naturaleza reglamentaria de los excesos de delegación en virtud de la doctrina del reenvío recepticio, se ve contrariada de lleno por la regulación efectuada por la Constitución española.

En efecto, la Constitución, como hemos visto, fundamenta una naturaleza jurídica de la delegación con base en una habilitación parlamentaria para el ejercicio de una potestad nueva que en nada disminuye la facultad legislativa originaria de las Cortes. Esta potestad nueva existe en tanto en cuanto que la Constitución otorga tales efectos a la ley de delegación y su ejercicio será válido en tanto en cuanto se respeten los límites que impone la ley de delegación porque éste es el contenido funcional que le asigna la Constitución; cuando el Parlamento delega no otorga una norma en blanco al ejecutivo, sino que le impone unos límites muy precisos por expreso mandato constitucional. De lo cual resultaría que la consecuencia de la normación *ultra vires* no es que deje de ostentar fuerza de ley, sino la violación de los artículos 82 u 83 de la Constitución. La existencia de *ultra vires* comporta, pues, la inconstitucionalidad del decreto legislativo, que es una norma con valor de ley, integrada, en consecuencia, como norma primaria en el ordenamiento jurídico.

El art. 161.1 CE, por su parte, establece que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer, entre otros, del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones

normativas con fuerza de ley. Evidentemente, entre ellas se encuentra el decreto legislativo, y hemos visto cómo la existencia de *ultra vires* comportaría inconstitucionalidad en la norma que los tuviere. Lo cual conlleva que quien puede declarar la existencia de *ultra vires* es el Tribunal Constitucional, porque el exceso de delegación es contrario a las disposiciones constitucionales y, como consecuencia, es el recurso de inconstitucionalidad el instrumento jurídico adecuado para su control por ser el decreto legislativo una norma con fuerza de ley.

Sin embargo, la fórmula del art. 82.6 de la CE, reforzada por el art. 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adolecen de cierta falta de claridad en sus términos, lo cual ha permitido que subsista en parte la polémica en torno a si es posible que el exceso de delegación sea juzgado por los Tribunales ordinarios. La Constitución habla de fórmulas adicionales de control, «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales»; la LOTC establece que, «en el caso de los decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el núm. 6 del art. 82 de la Constitución»; y la LOPJ, que no regula la cuestión concreta de la legislación delegada, atribuye a la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, «en única instancia, de los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanadas del Consejo de Ministros...». Semejante construcción jurídica nos llevaría a la conclusión de que los decretos legislativos, como disposiciones emanadas del Consejo de Ministros, tendrían que ser controlados por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, porque la competencia del Tribunal Constitucional se entiende sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales.

Pero esta línea de control de los decretos legislativos adolecería de graves problemas a la hora de su puesta en práctica: estas tesis, advierte Jiménez Campo, «no dejan de incurrir en una cierta contradicción lógica al convertir el resultado posible del ejercicio de la jurisdicción en la condición de la misma». En efecto, sería incongruente considerar que los *ultra vires* de un decreto legislativo tienen valor reglamentario y, como consecuencia, pueden ser controlados por los Tribunales ordinarios, cuando esta extralimitación ha de ser determinada precisamente mediante el ejercicio de esa misma jurisdicción. El Tribunal Supremo los podría controlar, en principio, si tuvieran valor reglamentario, pero no es este Tribunal quien puede declarar si una norma tiene o no fuerza de ley o si puede tener parte de su contenido con valor reglamentario.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 51/1982, de 19 de julio, a la cuestión de inconstitucionalidad 54/1982 sobre la posible existen-

cia de *ultra vires* en la elaboración de un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral basado en la delegación legislativa de la disposición final 6.<sup>a</sup> de la Ley 8/1980, de 10 de marzo (Estatuto de los Trabajadores), señala textualmente:

«Es cierto que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha de ejercerse sin perjuicio de reconocer la de otros Tribunales e incluso la eventual existencia de otras formas adicionales de control, como dispone el art. 82.6 de la Constitución, pero en el presente caso, en el que se cuestiona la constitucionalidad de un determinado precepto por razones formales y materiales y en el que el contenido de la norma cuestionada se refiere a materia constitucionalmente reservada a la ley (art. 117.3 CE), el Tribunal no puede eludir el juicio de inconstitucionalidad y ha de entrar a resolverlo considerando las posibles razones formales como un *prius* lógico respecto de las materiales.»

La Sentencia deja bien claro que la falta de delegación, la existencia de *ultra vires*, es una cuestión formal que ha de ser dilucidada por el propio Tribunal. Y lo ha de ser «sin perjuicio de la competencia» de los otros Tribunales.

¿Cuál ha de ser, pues, la competencia al respecto de los Tribunales ordinarios? La respuesta comporta la apertura de una doble vía de acción a los mismos. Por una parte, el art. 163 de la Constitución deja abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad a los órganos judiciales cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser anticonstitucional. El Tribunal ordinario tendrá la función constitucional de velar por el cumplimiento de la Constitución, formulando el juicio positivo de constitucionalidad o bien, en caso de duda, planteando la cuestión al Tribunal Constitucional. Pero el Tribunal ordinario, si bien planteará la duda, no decidirá sobre la cuestión; la facultad decisoria corresponderá a los órganos de control constitucional, es decir, al Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la función del Tribunal Constitucional no es ilimitada: está sujeta a las disposiciones constitucionales y a su propia Ley Orgánica. El Tribunal actuará cuando se le interponga el recurso a la cuestión de inconstitucionalidad, y lo hará sobre aquellas cuestiones que puedan suponer inconstitucionalidad, debiéndose abstener de otro tipo de pronunciamientos. Los Tribunales ordinarios, a tenor de lo dispuesto en la Constitución (art. 106.1) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 58), velarán por el cumplimiento del

principio de legalidad; no pueden, pues, pronunciarse —art. 123.1 CE— en materias que comporten garantías constitucionales. De tal manera que la regulación que se deriva de la Constitución, la LOTC y la LOPJ únicamente puede significar que:

- a) Los *ultra vires* han de ser declarados por el Tribunal Constitucional porque comportan inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, y
- b) Los Tribunales ordinarios tienen su propia esfera de competencias, que vendrá determinada por:

- el planteamiento, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional;
- el control sobre aquellos puntos del decreto legislativo que puedan comportar una quiebra del principio de legalidad, es decir, que se opongan a la ley de delegación sin comportar *ultra vires*; o lo que es lo mismo, cuando la controversia entre ley delegante y norma delegada no alcance a aspectos que puedan constituir infracciones de la Constitución.

Razonamiento que nos conduce a concluir, además, que cualquier vicio en que pueda incurrir el decreto legislativo, aunque no comporte *ultra vires*, si constituye una infracción de la Constitución, deberá ser controlado por el Tribunal Constitucional. La función de defensa de la Constitución que este órgano de control tiene encomendada constituye la base de sus competencias: toda infracción de la Constitución, ya sea formal o material, realizada por una norma con fuerza de ley, es controlable a través de la cuestión o del recurso directo. Y los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad son claros: expulsan la norma, en todo o en parte, según sus propios términos, del ordenamiento jurídico. Como consecuencia, si un decreto legislativo, o parte de él, es declarado anticonstitucional, lo inconstitucional deja de pertenecer al ordenamiento, y en el supuesto de *ultra vires* el exceso de delegación, por inconstitucional, es nulo y no adquiere, como algunos sectores habían llegado a defender, valor reglamentario.

Esta tesis —el considerar que el control sobre el decreto legislativo debe realizarlo el Tribunal Constitucional— concuerda, por otra parte, con la vigente en el Derecho constitucional comparado sobre las normas con valor de ley. Vimos en su momento cómo en Francia y en Italia, donde también existe legislación delegada con fuerza de ley (las ordenanzas y los decretos legislativos, respectivamente), el control sobre la misma, tras superar idéntica polémica a la existente en el caso español, ha quedado definitivamente adjudicado a los órganos de control constitucional.

*El control de la legislación delegada  
por parte del Consejo de Estado*

El art. 21.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, dispone que el Consejo en pleno deberá ser consultado en torno a los proyectos de decreto legislativo.

La regulación de la Ley Orgánica de referencia, que sigue la tradición jurídica preconstitucional de someter al dictamen de este órgano consultivo los proyectos de legislación delegada (es decir, el texto del futuro decreto legislativo, una vez que se ha acordado el texto, pero antes de su aprobación definitiva en el Consejo de Ministros) contiene, sin embargo, características diferenciales respecto de la antigua legislación.

De una parte, al configurar el carácter no vinculante del dictamen del Consejo clarifica los términos en que deben ser redactadas las normas que han precisado del mismo. En efecto, cuando el art. 2, en su tercer párrafo, dispone que los dictámenes no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario (cabe, pues, la posibilidad de que, en casos concretos, las leyes de delegación dispongan la obligatoriedad de seguir los términos del dictamen), el mismo artículo, en el párrafo 6.º, establece las fórmulas que deben incluir las normas que han sido consultadas: si el ejecutivo sigue los términos del dictamen, en el texto de la norma ha de constar «de acuerdo con el Consejo de Estado»; si, por el contrario, el ejecutivo discrepa de la opinión del Consejo y opta por una regulación diferente al sentido del dictamen, la norma contendrá los términos «oído el Consejo de Estado». Se acaba así la confusión terminológica de épocas anteriores, cuando los decretos legislativos contenían aquel «de acuerdo en lo esencial», puesto que en las exposiciones de motivos o preámbulos consta con claridad si el Gobierno ha seguido o no el dictamen del Consejo.

En segundo lugar, la Ley Orgánica del Consejo de Estado configura una línea de actuación participativa en el funcionamiento del mismo. Con base en el art. 105.a) de la Constitución, que instituye la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, la Ley Orgánica del Consejo de Estado establece en el art. 18.1 que pueden ser oídos ante el Consejo los directamente interesados en los asuntos sometidos a consulta. La posibilidad de este trámite de audiencia (que tiene a su vez un antecedente en la Ley de Procedimiento Administrativo) se predica de cualquier disposición del ejecutivo sometida a consulta del Consejo, y no existe razón por la que deban excluirse de la misma los decretos legislativos. El hecho de que éstos sean normas que tendrán fuerza

de ley como consecuencia de una delegación parlamentaria previa en tal sentido no es motivo para excluirlos de esta posibilidad participativa. Y menos cuando, como consecuencia de la estructura autonómica del Estado, el mismo artículo 18.1, después de establecer que la audiencia la acordará el presidente del Consejo, ya sea de oficio o a instancia de parte interesada, dispone la obligación de conceder la audiencia cuando en la consulta esté directamente interesada, y así lo manifieste, una Comunidad Autónoma. «Interesados» pueden serlo tanto los particulares como las asociaciones o también las corporaciones públicas como los Ayuntamientos, las Comunidades Autónomas y otras instituciones. La realización de este trámite de audiencia contribuye a la transparencia de las decisiones del ejecutivo y al aumento de la integración política, principios que han de ser básicos en el funcionamiento institucional del Estado actual.

### *El control parlamentario de los decretos legislativos*

Cuando la Constitución, en el art. 82.6, dispone que las leyes de delegación podrán establecer fórmulas adicionales de control, está abriendo la posibilidad, entre otras, de que las Cortes establezcan un cierto control parlamentario sobre el decreto legislativo.

El artículo 84 CE, por su parte, señala que cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación: la delegación legislativa obtiene así un mecanismo protector contra todo trámite parlamentario que pudiera contrariarla.

Cuando el Gobierno se oponga a proposiciones de ley presentadas ante el Congreso de los Diputados, se seguirá lo dispuesto en el art. 126 del Reglamento de esta Cámara. El Gobierno, que habrá recibido el texto de la proposición remitido por la Mesa del Congreso, ha de manifestar su criterio en el plazo de treinta días; si en este término no ha presentado la negación de su conformidad, la proposición de ley quedará en disposición de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración. Se sigue, pues, el trámite común a todas las proposiciones de ley, pero con una ampliación de los supuestos en que el Gobierno puede oponerse eficazmente, una ampliación de contenido específica originada por la existencia de una delegación legislativa en vigor.

El Reglamento del Senado, en el art. 128, desarrolla el trámite a seguir cuando la oposición gubernamental se produzca respecto de una proposición de ley o enmienda a través de un escrito motivado dirigido a la Mesa. Esta

ordenará su publicación inmediata e inclusión en el orden del día de la siguiente sesión plenaria. La tramitación de estas propuestas se realizará conforme a lo prevenido para los conflictos entre órganos constitucionales del Estado (regulados en los arts. 73 a 75 de la LOTC) y en todo caso se entenderán suspendidos los plazos del procedimiento legislativo hasta que recaiga la resolución definitiva.

Pero, continúa disponiendo el artículo 84 de la Constitución, el Parlamento puede paralizar tal iniciativa gubernamental presentando una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación (se ha insistido repetidamente en el carácter excepcional de la delegación del ejecutivo y en que tal delegación no supone una merma de la capacidad legislativa de las Cortes). De este modo, en caso de oposición parlamentaria a una delegación en vigor, la Constitución obliga a ir directamente contra ella, y para que esta oposición sea eficaz, el Parlamento debe alterar o anular la delegación en vigor. De esta manera se evita que puedan producirse discrepancias entre las Cortes y el Gobierno, ya que si no existieran estos medios de acción recíprocos cabría la posibilidad de que el Gobierno estuviera elaborando un decreto legislativo —que ha de seguir los criterios de la ley delegante— y mientras tanto las Cortes elaboraran una ley con contenido distinto al desarrollo que estuviera efectuando el Gobierno. No se trata, pues, de una limitación de la capacidad legislativa de las Cortes, sino más bien de la introducción de un criterio racionalizador de la distribución de la capacidad normativa en tales supuestos. Cabría añadir, en defensa de esta tesis, que no se puede hablar de limitación de la capacidad legislativa de las Cortes, porque éstas pueden en cualquier momento legislar en contra de la delegación otorgada, revocando previamente la propia delegación y elaborando posteriormente una ley en los términos que consideren adecuados.

El control sobre los decretos legislativos que se acaba de exponer se efectúa mientras el decreto se está elaborando, es decir, mientras está en vigor la delegación legislativa en su proceso de tramitación. Pero también puede el Parlamento realizar un control sobre tales normas cuando ya se ha fijado definitivamente el texto; en realidad, cuando se ha acordado el texto definitivo, ya que el decreto legislativo, una vez que se ha publicado, es una norma perfecta que únicamente dejará de existir mediante la promulgación de otra de su mismo rango que la contrarie o porque haya sido declarado inconstitucional.

En efecto, las «fórmulas adicionales de control» admitidas constitucionalmente han obtenido también un desarrollo legislativo en este sentido: el decreto legislativo, una vez entrado en vigor, no puede ser controlado más que por vía jurisdiccional. Su control parlamentario tendrá que ser, pues,

un control «previo» a su eficacia jurídica; tendrá que realizarse cuando el Gobierno haya acordado los términos de la regulación, pero antes de su promulgación y entrada en vigor. El Reglamento del Congreso de los Diputados especifica el procedimiento a utilizar cuando la ley de delegación haya establecido esta posibilidad de control parlamentario. Dos son, pues, las condiciones previas para que éste pueda efectuarse: que la ley de delegación así lo haya previsto y que el control se efectúe una vez fijado el texto definitivo, pero sin que la norma delegada haya entrado en vigor.

La Constitución es clara al respecto: las leyes de delegación «podrán establecer en cada caso» fórmulas adicionales de control. El control que se establezca será, como consecuencia, potestativo y deberá ser indicado en cada caso por la ley en cuestión. Por consiguiente, no podemos decir que exista un control parlamentario generalizado por la Constitución: en la regulación prevista por la española, las Cortes tienen la facultad de poder decir en qué casos prevén el control parlamentario del decreto legislativo y en cuáles no lo prevén; a fin de cuentas, son las Cortes las titulares del poder legislativo originario y, como tantas veces venimos reiterando, no lo pierden por el hecho de delegar en el Gobierno en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones. Así, cuando la ley de delegación lo establezca, el Congreso de los Diputados efectuará el control sobre los decretos legislativos en los términos establecidos en el art. 153 del Reglamento de esta Cámara. Con base en el artículo 82.6 CE, el art. 153 del citado Reglamento dispone que si dentro del mes siguiente a la publicación del texto articulado o refundido ningún Diputado o Grupo Parlamentario formulara objeciones, se entenderá que el Gobierno ha hecho un uso correcto de la delegación legislativa. Por el contrario, si dentro del plazo mencionado se formulara algún reparo al uso de la delegación en sentido dirigido a la Mesa del Congreso, ésta lo remitirá a la correspondiente Comisión de la Cámara para que la misma emita un dictamen señalando asimismo un plazo para efectuarlo; una vez ultimado este dictamen, el Pleno del Congreso lo debatirá con arreglo a las normas generales del procedimiento legislativo. Y, por último, el Reglamento del Congreso dispone que los efectos jurídicos del control serán los que haya previsto la ley de delegación. Las Cortes conservan, pues, todas las facultades inherentes a su poder legislativo: pueden, podrían si la ley de delegación así lo estableciera, dejar absolutamente sin efectos la normación del Gobierno, podrían ordenar la devolución del texto elaborado al Gobierno para su nueva redacción, etc.

El control parlamentario previsto en la legislación española no podría, bajo ninguna forma, asimilarse a la ratificación francesa; se parece más bien al existente en Gran Bretaña y Alemania, si bien no se contempla en el supuesto español la incorporación de «interesados» o «expertos», como es el

caso de los otros sistemas de control. Tampoco cabría, desde la entrada en vigor de la Constitución, la posibilidad de que el Parlamento convalidara los decretos legislativos que presentaran «vicios», ya sean *ultra vires* o de otro tipo. La fórmula, de un cierto arraigo en la práctica jurídica española desde que las Cortes de la Restauración convalidaron el texto articulado del Código Civil, legalizando así los excesos de delegación en que el Gobierno había incurrido, no puede ser utilizada para impedir el control jurisdiccional; en todo caso, siempre es posible el control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, porque éste es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones normativas con fuerza de ley, como son los decretos legislativos. El parlamento no puede «subsana la inconstitucionalidad» de las normas jurídicas: las normas sólo pueden ser declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, y cuando ello acontece, son expulsadas del ordenamiento jurídico. El Parlamento únicamente podría elaborar nuevas normas que tuvieran un contenido y una forma ajustados a la Constitución.

#### CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha intentado plasmar la regulación constitucional de la legislación delegada teniendo en cuenta sus aspectos doctrinales, comparados y funcionales, tanto respecto de la delegación parlamentaria como de la normación del ejecutivo resultante y del necesario control que sobre este proceso debe estructurarse.

Sin ánimo de sentar conclusiones inamovibles, incompatibles, por otra parte, con la dialéctica propia de toda interpretación jurídica, se pueden esbozar ciertos rasgos genéricos sobre la legislación delegada a nivel comparado:

a) La existencia de delegaciones legislativas del Parlamento al ejecutivo para que éste regule materias reservadas en principio a la ley no supone una quiebra de la distribución de funciones o colaboración entre los poderes: el Parlamento no pierde ni disminuye su facultad legislativa originaria, y la legislación delegada es resultado de un proceso dual, que implica una capacidad de legislar compartida entre el Parlamento y el ejecutivo, si bien la actuación gubernamental o administrativa derivará de la existencia previa de una delegación parlamentaria. La legislación delegada se perfila, pues, como una manifestación excepcional de la función legislativa realizada por el ejecutivo, que deja intacta la potestad normativa del Parlamento.

b) La legislación delegada ha evolucionado desde los planteamientos

genéricos e indeterminados de sus orígenes hasta las regulaciones constitucionales actuales: los elementos reglados de la misma han ido cobrando cada vez mayor importancia. La evolución ha comportado también un cambio en la función o finalidad de estas normas, que han pasado a ser instrumentos propios de la acción o intervención estatal, adoptando cada vez más un carácter económico-social que incide en las políticas públicas actuales. Medidas como la seguridad social, la política fiscal o sanitaria o la adecuación necesaria a los Estados, tras su entrada en la Comunidad Económica Europea, han sido adoptadas a través de la técnica de la legislación delegada.

c) La legislación delegada como instrumento jurídico se ha construido sobre fundamentos doctrinales diferentes en los diferentes Estados. En estas construcciones jurídicas es sumamente importante la determinación del rango que adquiere la norma delegada al integrarse en el ordenamiento jurídico. Se observa que en algunos Estados la legislación delegada tiene rango de ley, mientras que en otros adopta un valor reglamentario.

d) El rango que adopte la norma delegada es a su vez determinante del sistema de control jurisdiccional que pueda ejercerse sobre la misma: si tiene rango de ley, el control deberá ser efectuado por los Tribunales o Consejos Constitucionales; si tiene valor reglamentario, el control corresponderá a la jurisdicción ordinaria.

e) En todas las regulaciones constitucionales sobre la legislación delegada se exigen determinados requisitos a la ley que efectúe la delegación. Es necesario, ante todo, una perfección y una claridad técnica en la norma delegante, sobre todo porque es el método para conseguir una eficacia en el desarrollo del ejecutivo y para evitar que la indeterminación o falta de precisión puedan derivar en abuso de poder por parte del ejecutivo.

f) Existen materias que no pueden ser reguladas a través de la legislación delegada. Sin embargo, a través de mecanismos jurisprudenciales y de la interpretación flexible que se ha realizado en muchos casos, pocas son las que quedan definitivamente excluidas de la posibilidad de regulación delegada.

g) Se han establecido varios sistemas de control sobre esta forma de legislar. Por una parte, un control previo a la entrada en vigor de la norma, que puede ser tanto parlamentario como de organismos de la propia Administración. Y, por otro, un control posterior a cargo de órganos jurisdiccionales, ya constitucionales u ordinarios, según sea el rango de la disposición afectada.

h) En muchos Estados se establece una cierta participación directa en la elaboración de la norma delegada. Esta participación puede realizarse ya a través de la integración de «interesados» o «técnicos» en Comisiones parlamentarias, ya con la admisión de trámites de audiencia en los Consejos de tipo consultivo. Normalmente los dictámenes o informes elaborados en estas

instituciones no son vinculantes, aunque pueden llegar a serlo si la ley de delegación así lo establece.

Se dibuja así un instrumento jurídico de carácter fundamentalmente técnico pero de contenido y finalidad claramente política. Dentro del esquema del control-colaboración entre los Gobiernos y los Parlamentos, la legislación delegada queda configurada como una legislación compartida, que permite a los Gobiernos llevar a cabo sus programas políticos, complementando la acción o las directrices de los Parlamentos, bajo el correspondiente control representativo o jurisdiccional.

La regulación que realiza la Constitución española se inserta dentro de estas características estructurales y funcionales que se acaban de describir, si bien posee determinadas connotaciones:

a) Es la Constitución que regula de una forma más detallada y minuciosa todo el proceso de la delegación y de la formación de la norma delegada.

b) El substrato doctrinal de la legislación delegada rechaza el fundamento de la teoría del reenvío recepticio o de la representación, para establecerse sobre la de la habilitación alemana o la atribución de una potestad nueva a través de la ley de delegación, a semejanza de la doctrina comúnmente aceptada en Italia, porque así lo dispone la propia Constitución.

c) Quedan muy claras en la Constitución cuáles son las materias definitivamente excluidas de la posibilidad de delegación legislativa: aquellas que tengan que ser reguladas a través de ley orgánica.

d) La ley de delegación puede presentar dos modalidades: de bases o bien ordinaria para elaborar textos refundidos; ha de regular en términos bien precisos el objeto y el plazo de la delegación, siendo el Gobierno su único y posible destinatario. Existe, sin embargo, la posibilidad de que en las Comunidades Autónomas las Asambleas legislativas también puedan delegar en los ejecutivos bajo determinadas condiciones. Esta ley podrá ser controlada por la jurisdicción constitucional.

e) El Tribunal Constitucional deberá controlar todas las infracciones a la Constitución que se realicen durante el ejercicio de la delegación legislativa. Por consiguiente, los *ultra vires*, o excesos en la delegación, deberán ser determinados a través del control de constitucionalidad: el decreto legislativo es una norma con rango de ley, y la Constitución impone unos requisitos a la delegación cuya infracción podría constituir *ultra vires*.

f) Los Tribunales ordinarios deberán controlar todo aquello que afecte al cumplimiento del principio de legalidad, y en caso de duda deberán interponer la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

g) El Parlamento mantiene intacta su potestad legislativa y puede con-

trolar a través de los mecanismos que instaure la ley de delegación. Este control es de tipo postestativo porque la ley de delegación puede optar por prescindir de este tipo de control. Caso de adoptarlo, el Reglamento del Congreso establece un procedimiento reglado para su práctica. Se configura como control previo.

*h)* Existe también un control previo, antes de la entrada en vigor del decreto legislativo, por parte del Consejo de Estado. Este control es el único que confiere un marco de participación directa a interesados o afectados por la futura medida legislativa.

Nos hallamos, pues, ante una regulación constitucional que es la más extensa y precisa de las vigentes actualmente, que configura con gran claridad los términos en que pueden efectuarse las delegaciones legislativas, pero que adolece de ciertas insuficiencias, que podríamos centrar en dos puntos: uno la desafortunada redacción del artículo sobre el control de la legislación delegada, que ha posibilitado el mantenimiento de una polémica que, a semejanza de otros Estados europeos, cesará a través de la práctica del control de constitucionalidad y la reafirmación del Tribunal Constitucional como supremo guardián de la Constitución también en este aspecto; el otro haría referencia a la escasa participación que confieren las normas de desarrollo constitucional a «interesados» o afectados o a sus representantes. Ciertamente, la Constitución no impone esa falta de representación; antes al contrario, pretende facilitarla, como así lo demuestra cuando establece la audiencia de los interesados en la elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; por consiguiente, hubiera podido efectuarse otra regulación en los Reglamentos parlamentarios para impulsar unas Comisiones al estilo de las italianas, por ejemplo, o estatuir un proceso participativo en las mismas Secretarías Generales Técnicas, además del previsto para el Consejo de Estado. Como ha sido indicado anteriormente, las finalidades de los sistemas de control sobre la legislación delegada se han estructurado en torno a tres puntos: mantenimiento de la legalidad y constitucionalidad de las regulaciones delegadas, conseguir la efectividad o eficacia de los programas de los Gobiernos e integrar bajo una amplia legitimación y a través del principio participativo. La regulación de la Constitución española no se opone al desarrollo de estas finalidades, y sería de desear que aquellas insuficiencias que señalaba anteriormente obtuvieran una nueva regulación, más precisa en un caso y facilitando la participación en el otro supuesto.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

La legislación delegada constituye un tema relativamente nuevo para el Derecho constitucional. El auge de este instrumento jurídico, acentuado tras la aparición del Estado social, no ha sido estudiado específicamente hasta la segunda mitad del siglo xx, cuando, tras las Constituciones elaboradas en la inmediata posguerra, la literatura jurídica continental, a la par que la praxis política de delegar en el ejecutivo por parte del Parlamento aumentaba, volvió sus ojos hacia las delegaciones legislativas anglosajonas, adaptándolas a los nuevos sistemas constitucionales. De ahí que la bibliografía específica en torno a la legislación delegada sea más bien escasa y que se haga preciso recurrir a obras más generales para explicar determinadas cuestiones, sobre todo cuando la legislación delegada no se integra en el ordenamiento jurídico con rango de ley.

Más problemas plantea aún el estudio de la legislación delegada en el sistema constitucional español. La Constitución de 1978, rompiendo con el esquema derivado de la práctica de la época franquista, configura las delegaciones parlamentarias y los decretos legislativos en forma muy reglada; el ejercicio de tal forma de legislar ha sido escaso, como corresponde a un instrumento excepcional, como el decreto legislativo, y la mayor parte de los autores españoles sitúan como objeto central de sus estudios el problema del control jurisdiccional del decreto legislativo.

En el marco, pues, de estas limitaciones, señalaré las obras, ya sean de carácter general o bien estudios específicos, que creo contribuyen a clarificar el tema objeto de estudio, tanto a nivel del Derecho comparado como para la regulación de la Constitución española actual. Seguiré para ello el mismo esquema del trabajo elaborado y no creo necesario incluir una gran lista de obras generales del Derecho constitucional o sobre el control de constitucionalidad o la organización de la Administración, porque la lista se haría interminable y no ayudaría a clarificar las fuentes bibliográficas de referencia. Me limitaré, pues, a indicar aquellas que he considerado más adecuadas, dada la orientación y el contenido del tema.

### 1. *Introducción*

Los fundamentos doctrinales, los orígenes y evolución de la legislación delegada en sus aspectos generales son descritos a nivel comparado por una obra (que es también importante para el estudio de la legislación delegada

en España) de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, Madrid, 1981. Este estudio refleja la preocupación del autor por encontrar un sistema de control de los *ultra vires*, tema sumamente problemático en la época en que escribió el libro (la edición de 1981 es una reimpresión de la originaria), y aunque el objeto central de estudio es la realidad jurídica española de la época franquista, contiene también aspectos comparados tanto a nivel doctrinal como descriptivo. El libro sirve también como punto de referencia para las otras partes de este trabajo.

Para situar el tema de la legislación delegada en sus aspectos funcionales o estructurales y su inserción en el sistema de fuentes hay que remitir a obras más generales. Distinguiremos entre diferentes sistemas.

Sobre el supuesto inglés, A. V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, Londres, 1952; C. K. ALLEN, *Law and Orders*, Londres, 1956, y la traducción de *Las fuentes del Derecho inglés*, Madrid, 1969; S. A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 1977.

Para Estados Unidos, la obra de L. H. TRIBE *American Constitutional Law*, Nueva York, 1978, y la de J. MASHAW y R. MERRILL *Introduction to the American Public Law System*, Nueva York, 1975.

En Italia, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, Padua, 1976; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1976, y ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milán, 1973.

Respecto de Alemania, D. JESCH, *Ley y Administración*, Madrid, 1978, y CH. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, 1979.

En el caso francés, además del clásico de G. VEDEL, *Derecho administrativo*, Madrid, 1980, los estudios de WALINE, «Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958», en *RDSP*, 1960, y BRACHET, *La delimitation des domaines respectifs de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 d'octobre de 1958*, París, 1965, y también RIVERO, *Droit Administratif*, París, 1980.

En España hay que destacar las aportaciones de E. ESPÍN, «Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española», en *RCG*, núm. 6, 1985, como comentario específico sobre el tema, y los más colaterales de J. PÉREZ ROYO, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en el colectivo *El Gobierno*, Barcelona, 1985, y *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984; F. GARRIDO FALLA, «La posición constitucional en la Administración Pública», en el colectivo *La Administración en la Constitución*, Madrid, 1980; y J. TORNOS MAS, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», en *RAP*, núms. 100-102, vol. 1, 1983, y el de A. PREDIERI, «Las fuentes del

Derecho», en el colectivo *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA.

## 2. *La legislación delegada en las Constituciones del Estado social*

Las obras citadas anteriormente, sobre todo las de carácter general, su mayor parte tienen referencias concretas a la regulación de la legislación delegada en los diferentes sistemas constitucionales. Sirvan, pues, también como punto de referencia y estudio a este respecto. Señalaré también que numerosos textos de Derecho constitucional asimismo incluyen descripciones generales sobre la legislación delegada a nivel comparado (v. gr., el de G. DE VERGOTTINI, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1983, que contempla el tema bajo diferentes perspectivas tanto orgánicas como funcionales). A pesar de ello no existen monografías que, sobre una base comparada, estudien esta manifestación de la función legislativa. Por ello hay que remitir a estudios concretos sobre la regulación existente en los diferentes Estados.

Para Inglaterra, C. KARR, *Delegated Legislation*, Londres, 1921; LA PERGOLA, *Appunti sulla delegazione legislativa nell'ordinamento britannico*, Milán, 1966; FRAGA IRIBARNE, «La legislación delegada y su control en la Gran Bretaña», en el *Libro Homenaje a Roca Sastre*, vol. III, Madrid, 1977.

Para Estados Unidos, S. BARBER, *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*, Nueva York, 1975, y SCHWART, *A commentary on the Constitution on the United States*, vol. I: *Federal and State Powers*, y vol. II: *Powers of the President*, Nueva York, 1963.

Para Italia, A. PALADIN, «Gli atti con forza di legge nelle presenti esperienze costituzionali», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1501, 1974; también del mismo autor, el comentario a los artículos 76 y 77 de los *Commentari alla Costituzione a cura di G. Branca*, Bolonia, 1979, y CERVANTI, *La delega legislativa*, Milán, 1972.

## 3. *La legislación delegada en la Constitución española*

Además de los capítulos correspondientes de los diferentes manuales existentes de Derecho constitucional y Derecho administrativo, que no voy a relacionar, pero entre los que destacaré los de E. García de Enterría y T. R. Fernández, el de Garrido Falla, el de Alvarez Conde, Alzaga y J. de Esteban y L. López Guerra, y la monografía sobre *El Gobierno*, que recoge las Jor-

nadas de Estudios de Barcelona de 1985, se pueden utilizar diversos trabajos, que, a pesar de que algunos no tratan específicamente la legislación delegada, sitúan el tema en sus dimensiones relacionales con otras instituciones o funciones del Estado. Así, la de A. GARRORENA, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980; M. BASSOLS COMA, «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», en *RAP*, núm. 88, 1979, y la específica de E. ANGULO RODRÍGUEZ, «Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978», en el colectivo *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979.

También es importante el capítulo en torno a la legislación delegada de la obra de J. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. De aparición posterior a la elaboración de este trabajo, sitúa el decreto legislativo en el sistema de fuentes español y plantea también el problema de su control jurisdiccional.

Respecto del decreto legislativo de las Comunidades Autónomas, véanse los estudios de L. LASAGABASTER HERRATE, «Consideraciones en torno a la figura de los decretos-leyes y decretos legislativos en el ámbito autonómico», en *RVAP*, núm. 2, 1982, y los capítulos respectivos de los manuales de S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, y M. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho autonómico*, Madrid, 1984, ya clásicos en el tema. También el de AJA, TORNOS, etc., *Sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985.

#### 4. *El control de la legislación delegada en el Derecho comparado*

Muchas de las obras generales citadas en los apartados anteriores contienen referencias sobre el tema del control.

En forma más concreta, este tema se estudia en M. PATRONO, *Le leggi delegate in Parlamento*, Padua, 1981, monografía comparada sobre el control parlamentario de la legislación delegada.

El control parlamentario en Inglaterra, en J. E. KERSELL, *Parliamentary Supervision of Delegate Legislation*, Londres, 1960, y el control por parte del ejecutivo en Estados Unidos, H. FRIENDLY, *The Federal Administrative Agencies*, Nueva York, 1962.

El control jurisdiccional puede verse en obras generales sobre protección de derechos, cortes constitucionales o sistemas de control judicial sobre leyes y normas con valor de ley. En concreto, M. CAPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1979; los Travaux des Sisièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin, *Actualité du*

*contrôle juridictionnel des lois*, Bruselas, 1973; MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milán, 1964; J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955. También se pueden consultar los ya más numerosos estudios sobre justicia constitucional, tribunales constitucionales, etc.

### 5. *El control sobre la legislación delegada en España*

El libro citado de E. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, plantea este problema y sirve como punto de referencia respecto de otras publicaciones:

- E. ESPÍN, «División de poderes...», cit.
- J. JIMÉNEZ CAMPO, «El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos», en *RDP*, núm. 10, 1981.
- C. J. ENTRENA PALOMERO, «La Constitución española y el control de la legislación delegada», en *Las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979.
- J. TORNOS MAS, «De nuevo sobre el control de los decretos legislativos: la declaración de nulidad, por vicios de carácter procedimental, del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia e disciplina de mercado», en *REDA*, núm. 32, 1982.

El control parlamentario es también abordado, dentro de una obra más amplia, por J. R. MONTERO y J. GARCÍA, *El control parlamentario*, Madrid, 1984.

La obra de I. DE OTTO antes mencionada plantea también la problemática existente en torno al control del decreto legislativo.