
EDUARDO MELERO ALONSO
(Universidad Autónoma de Madrid)

*El concepto de reglamento en nuestra
Constitución, desde una comprensión
paradigmática del Derecho*¹

I. Introducción a los paradigmas jurídicos. II. El concepto de reglamento desde un paradigma liberal: A) Principio de legalidad; B) Competencia para aprobar reglamentos; C) Jerarquía normativa; D) Reserva de ley; E) Los reglamentos independientes desde el paradigma liberal; F) La potestad normativa del Ministro desde el paradigma liberal. III. El concepto de reglamento desde un paradigma social: A) Competencia para dictar reglamentos; B) Jerarquía normativa; C) Reserva de ley; D) Principio de legalidad; E) Los reglamentos independientes desde el paradigma social; F) La potestad normativa del Ministro desde el paradigma social. IV. Conclusión: la discusión sobre la potestad reglamentaria es, en el fondo, una disputa de carácter político.

Han pasado veinticinco años desde la aprobación de la Constitución y todavía no existe un acuerdo doctrinal sobre cuál es el concepto de reglamento propio de nuestro ordenamiento jurídico. Todos los elementos que componen la categoría del reglamento están en discusión. En este trabajo pretendo, en primer lugar, describir los términos en que se plantea dicha polémica. Además, propongo una lectura basada en una comprensión paradigmática del Derecho. Con esta lectura, pretendo mostrar que la polémica doctrinal sobre la potestad reglamentaria responde, en última instancia, a las diferentes visiones de mundo –es decir, a las concepciones políticas– propias de los autores que se han enfrentado a esta cuestión.

I. INTRODUCCIÓN A LOS PARADIGMAS JURÍDICOS

Una primera explicación de la polémica doctrinal sobre la potestad reglamentaria se podría buscar en la escasa regulación que dedica nuestro ordenamiento jurídico a los

¹ Este artículo se basa en el capítulo primero de la tesis doctoral que defendí en la Universidad Autónoma de Madrid, en marzo de 2003, con el título “Concepto y régimen jurídico de las disposiciones administrativas en el ámbito de la Administración del Estado. Una propuesta desde un paradigma social del Derecho”.

reglamentos. La Constitución no contiene una definición del reglamento, ni incluye una regulación detallada sobre la potestad reglamentaria. En este sentido, la doctrina ha destacado la escasez de la regulación constitucional sobre los reglamentos². Tampoco la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, aporta más elementos³.

Esta escasa regulación jurídica no impide, sin embargo, la formulación de un concepto de reglamento, ya que de la regulación constitucional y legal sí pueden desprenderse unas “notas distintivas”, a partir de las cuales reconstruir un concepto de reglamento adecuado a nuestro ordenamiento jurídico⁴. Estas notas distintivas son: el principio de legalidad, la competencia para dictar los reglamentos, la jerarquía normativa y la reserva de ley.

Sin embargo, nuestro Derecho no señala cuál es el contenido concreto de cada una de estas notas distintivas, ni de qué forma éstas se relacionan entre sí. Doctrinalmente, se han formulado diversas reconstrucciones de la potestad reglamentaria. Reconstrucciones que dependen de la forma en que se interprete cada uno de los elementos y del orden en que éstos se combinen.

¿Cuál es la razón última de esta discrepancia? En mi opinión, no responde a criterios técnico jurídicos, sino a las diferentes visiones de mundo de los intérpretes, es decir, a sus distintas concepciones políticas. Estas construcciones dependen, en última instancia, de la visión del mundo, del paradigma jurídico mantenido por cada intérprete. Estas diferentes reconstrucciones son favorecidas porque el marco constitucional es muy abierto en relación con el reglamento. Y obedecen, en el fondo, a la tensión estructural que constituye el Derecho de los Estados contemporáneos entre los elementos propios del Estado de Derecho y los elementos propios del Estado social, tensión estructural que se ejemplifica en el conflicto entre legalidad y eficacia⁵.

Los paradigmas jurídicos han sido definidos por Jürgen Habermas como “imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho”⁶. Históricamente se pueden citar los

² Véase Ángel GARRORENA: *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 93; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, CEURA, Madrid, 1991, pág. 688; y José María BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 19.

³ La Ley del Gobierno realiza un par de alusiones genéricas a la potestad reglamentaria (arts. 1.1 y 23.1 LG), señala la competencia para aprobar reglamentos (arts. 2.2.j], 4.1.b] y 5.1.h] LG), alude a la reserva de ley (art. 23.2 LG) y establece la jerarquía de los reglamentos (art. 23.3 LG).

⁴ Sobre la formación de conceptos desde las “notas distintivas”, abstraídas de los objetos que se analizan, véase Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 440. La función constructiva de la doctrina en cuanto al concepto de reglamento es señalada expresamente por Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 215 y por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 715.

⁵ Véase José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO: “Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social”, en Enrique OLIVAS (coord.): *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 154.

⁶ Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 473.

paradigmas propios del “Derecho formal burgués” y del “Derecho materializado en términos de Estado social”⁷.

El fundamento, tanto del paradigma liberal de Derecho como del paradigma social de Derecho, se encuentra en distintas concepciones sobre la sociedad, las relaciones entre sociedad y Estado, y las funciones que le corresponden al Estado ⁸.

Así, el paradigma liberal mantiene una comprensión individualista de la sociedad, en la que ésta se entiende formada únicamente por individuos. La sociedad y el Estado se conciben como sistemas enfrentados y opuestos. Por otra parte, el Estado debe limitarse a garantizar unas condiciones mínimas de libertad y de seguridad, sin intervenir en el funcionamiento espontáneo de la sociedad que tiene lugar a través del mecanismo del mercado. De este modo, se considera que la sociedad, por sí sola, dará lugar al mejor de los órdenes posibles. La libertad es el valor más importante. En última instancia, se trata de “proteger a la sociedad del Estado”, de limitar la actuación de éste, lo que se consigue a través de mecanismos jurídicos como el principio de legalidad, las declaraciones de derechos y la separación de poderes.

El paradigma social no concibe únicamente la sociedad de forma individualista, sino que también tiene en cuenta la existencia de organizaciones en las que los individuos se agrupan. Tampoco parte de la oposición entre sociedad y Estado, sino de que ambos se necesitan mutuamente para poder realizarse. Por último, atribuye al Estado un papel de conformación social, ya que considera que la autorregulación social a través del mercado da lugar al aumento de las desigualdades. La redistribución del producto social legitima la actuación del Estado, redistribución que se lleva a cabo a través de prestaciones sociales. Desde este modelo, se propone que hay que “proteger a la sociedad por la acción del Estado”, para lo cual hay que dotar al Estado de los mecanismos jurídicos adecuados.

Los paradigmas liberal y social suponen así distintos proyectos políticos, en gran medida contradictorios. Estos proyectos determinan la perspectiva desde la cual cada intérprete analiza los distintos problemas jurídicos a los que se enfrenta. Son proyectos políticos que se han formado históricamente, y que siguen proponiendo distintas formas de configuración social. Ninguno de estos paradigmas en conflicto ha sido capaz de eliminar totalmente los elementos del otro paradigma, porque el Derecho de los Estados contemporáneos está formado tanto por elementos del Estado de Derecho como por elementos propios del Estado social.

Cada uno de estos paradigmas ha dado lugar a reconstrucciones del concepto de reglamento antagónicas. Así, existe un concepto de reglamento propio del paradigma liberal y un concepto de reglamento propio del paradigma social. Teniendo en cuenta que,

⁷ Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez...*, cit., pág. 292. Habermas propone un nuevo paradigma, el “paradigma procedimental de derecho”, que intenta asegurar al mismo tiempo la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos. Véase, por ejemplo, págs. 492 y 493.

⁸ En la caracterización del paradigma liberal y del paradigma social que realizo en los párrafos siguientes, tengo muy en cuenta las características que señala Manuel GARCÍA-PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1996, págs. 21 a 40 (el entrecomillado corresponde a la pág. 27) y 123 a 127, en relación con los modelos del Estado liberal y del Estado social. Aunque Manuel GARCÍA-PELAYO no utiliza el instrumento de los paradigmas, considero que hace referencia a la misma problemática político-jurídica. En un sentido similar, Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez...*, cit., págs. 483 a 486 (también págs. 502 y 503).

dentro de cada paradigma, se producen distintas reconstrucciones del reglamento, que pueden verse como diferencias de matiz ⁹.

En este artículo utilizo los paradigmas jurídicos con una finalidad explicativa, para agrupar las distintas posturas doctrinales en función de la visión de mundo que implican. De este modo pretendo mostrar que las discrepancias en relación con la potestad reglamentaria se basan, en última instancia, en diferentes concepciones políticas. Que yo sepa, este tipo de análisis no se ha realizado hasta ahora en el estudio de la potestad reglamentaria ¹⁰.

En la delimitación de los distintos paradigmas sobre la potestad normativa voy a emplear otra herramienta de análisis: el orden de prelación (*orden transitivo* ¹¹). Cada paradigma se descompone en un distinto orden de prelación u orden transitivo de análisis. Todo paradigma supone un “orden transitivo” de las normas que se tienen por válidas, y estos órdenes se establecen por referencia a posibles situaciones de aplicación ¹². El orden de prelación refleja el grado de importancia que cada visión de mundo otorga a los distintos elementos y pone de manifiesto que la interpretación de los elementos situados en primer lugar predetermina la interpretación de los siguientes. Aunque también hay que tener en cuenta que desde cada paradigma se conciben de manera diferente los distintos elementos que componen el orden de prelación.

Por último, tengo que señalar que el análisis que realizo en este artículo se centra en la vertiente formal de cada paradigma. No puede ser de otro modo, ya que el objeto de estudio es la potestad reglamentaria. Sin embargo, conviene tener en cuenta que tanto el paradigma liberal como el paradigma social poseen una vertiente material, que se refiere a los mecanismos de distribución de los recursos dentro de la sociedad y a los criterios de justicia que se sostienen. Así, en el ámbito de los derechos, el paradigma liberal se centra en los derechos de libertad, mientras que el paradigma social plantea los derechos prestacionales ¹³. El paradigma liberal mantiene una idea de justicia basada en la igual distribución de derechos, mientras que el paradigma social mantiene un concepto de justicia distributiva ¹⁴.

⁹ Los paradigmas que defino deben verse como tipos ideales. El ejemplo típico-ideal del paradigma liberal podría ser Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y el ejemplo típico-ideal del paradigma social sería Ignacio DE OTTO.

¹⁰ Aunque a veces se reconoce expresamente el fundamento ideológico de las discrepancias. Así, Ángel GARRORENA –en *El lugar de la Ley...*, cit., pág. 34–, señala que “las auténticas raíces del problema tienen que ver [...] con concepciones últimas y, por tanto, ideológicas en torno al tema de la estructura y los límites del poder político”.

¹¹ Este es el término que emplea Jürgen HABERMAS. En mi exposición mantendré, sin embargo la expresión “orden de prelación”. La idea de fondo es que los distintos elementos en que se descompone el paradigma se articulan en un determinado orden, según la importancia que se otorgue a cada uno de los elementos.

¹² Cfr. Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez...*, cit., pág. 292, quien sigue en este punto a Klaus GÜNTHER.

¹³ Los derechos de libertad y los derechos prestacionales pueden verse como mecanismos distintos de distribución de la riqueza socialmente producida, cada uno de ellos con resultados distintos.

¹⁴ Cfr. Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez...*, cit., pág. 502.

II. EL CONCEPTO DE REGLAMENTO DESDE UN PARADIGMA LIBERAL

En relación con la potestad normativa, el paradigma liberal plantea un reforzamiento del poder normativo del Parlamento frente a la potestad reglamentaria del Gobierno. Al reglamento se le reconoce un papel accesorio, mientras que la ley, expresión de la voluntad general, debe regular los aspectos más importantes, de modo que se garantice la sujeción total del reglamento a la ley. La dicotomía *ad intra-ad extra* es uno de los puntos de vista comunes en cuanto a la distribución de la potestad normativa, aunque está presente con mayor intensidad en algunos autores que en otros. El ámbito *ad intra* corresponde al ámbito interno u organizativo de la Administración, mientras que el ámbito *ad extra* se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos. Esta dicotomía sirve para limitar las intervenciones de la potestad reglamentaria en la esfera de libertad y propiedad de los individuos. Por otra parte, algún autor mantiene una filosofía de la sospecha en relación con la potestad reglamentaria ¹⁵.

El orden de prelación propio del paradigma liberal es el siguiente: (1) principio de legalidad; (2) competencia; (3) jerarquía normativa y (4) reserva de ley. La potestad reglamentaria se concibe, a priori, como actividad administrativa, lo que se va a reflejar en el análisis de los demás elementos. Los autores que manejan un paradigma liberal limitan el ámbito de la potestad reglamentaria fundamentalmente por medio de dos elementos: el principio de legalidad y la reserva de ley. Hay construcciones que dan más importancia al principio de legalidad, mientras que otras se centran en la extensión y en la intensidad de la reserva. En la práctica, sin embargo, sus conclusiones son parecidas ya que la concepción amplia del principio de legalidad es muy similar a la reserva genérica de ley.

A) Principio de legalidad

La premisa del análisis de la potestad reglamentaria es la consideración de ésta como una potestad administrativa y que, por tanto, se encuentra sometida plenamente a la ley y al Derecho, en virtud del art. 103.1 CE ¹⁶. Una de las ideas de fondo es la

¹⁵ Esta filosofía de la sospecha se manifiesta claramente en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 178, cuando consideran que “sigue siendo plenamente válida la aguda y expresiva advertencia de Hauriou: el espíritu de la Ley es ser favorable a la libertad, en tanto que el espíritu del reglamento es ser favorable a la autoridad”. Estos autores también señalan que “Los Reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad” (pág. 200).

¹⁶ Así, Ángel GARRORENA MORALES: *El lugar de la Ley...*, cit., págs. 81 y 92; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y GÓMEZ-FERRER MORANT: “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, *Revista de Administración Pública* n° 87 (1978), pág. 162; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 178; Francisco RUBIO LLORENTE: “El principio de legalidad”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 346; y Fernando GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 1.367.

La excepción se encuentra en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 754, quien considera que la potestad reglamentaria externa es una “potestad intrínsecamente

preconcepción de la estructura constitucional de poder desde el esquema clásico de la separación de poderes. Es decir, se entiende que el poder ejecutivo es un mero aplicador de las decisiones del legislativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su línea doctrinal mayoritaria, refleja esta concepción al señalar que “la norma reglamentaria no es incondicionada, sino que está *sometida* a la Constitución y a las Leyes (art. 97 CE)”¹⁷. Según el art. 97 CE la potestad reglamentaria se ejerce “de acuerdo con” la Constitución y las leyes. Sin embargo, en estas sentencias se interpreta el “de acuerdo con” del art. 97 CE desde el “sometimiento pleno” del art. 103.1 CE, interpretación que es reflejo de la concepción *a priori* de la potestad reglamentaria como una potestad administrativa.

En la interpretación más extensiva del principio de legalidad, se entiende que todo reglamento necesita base legal previa, aunque la sujeción a la ley es más intensa cuando se afectan a los derechos y deberes de los ciudadanos que cuando se regula la organización administrativa¹⁸.

B) Competencia para aprobar reglamentos

El paradigma liberal pone el énfasis en la necesidad de habilitación específica para poder ejercer la potestad reglamentaria, que según el art. 97 CE ejerce el Gobierno. Como ya hemos visto, desde la construcción extensiva del principio de legalidad se requiere siempre la existencia de una ley previa para que pueda ejercerse la potestad reglamentaria.

También se ha interpretado el art. 97 CE desde la dicotomía *ad intra-ad extra*, de modo que esta atribución constitucional genérica se considera suficiente para dictar

gubernativa”, y distingue entre Gobierno y Administración. Como veremos Santamaría Pastor mantiene un paradigma liberal en cuanto a la competencia para aprobar reglamentos y en su comprensión de la reserva de ley.

¹⁷ STS de 9 de junio de 1999 (Az. 6298), fto. jco. 1 (la cursiva es mía). Igual fundamentación en la STS de 11 de diciembre de 1991 (Az. 9369), fto. jco. 1, y en la STS de 11 de junio de 1991 (Az. 4874 del año 1992), fto. jco. 3.

¹⁸ Ángel GARRORENA: *El lugar de la Ley...*, cit., pág. 84, deduce del sometimiento pleno del art. 103.1 CE que el principio de legalidad es principio de conformidad con la ley, no sólo de no contradicción con ella. Para Garrorena, siempre es necesaria una previa base legal para poder dictar un reglamento, éste es el sentido que da a la expresión “de acuerdo con la Constitución y las leyes” del art. 97 CE (pág. 100). Partiendo de la dicotomía *ad intra-ad extra*, este autor clasifica los reglamentos, según la Constitución, en: (1) reglamentos necesitados de ley habilitante y (2) reglamentos necesitados de mera apertura legal (*cf.* págs. 103 a 106).

La construcción de Ángel Garrorena es seguida por Francisco RUBIO LLORENTE en “El principio de legalidad”, cit., pág. 346. Aunque este autor considera que el principio de legalidad referido a la potestad reglamentaria entra en juego en las materias no reservadas a la ley, la conclusión a la que llegan es la misma, ya que para Rubio Llorente “no cabe ejercicio de la potestad reglamentaria sin apoderamiento legal previo” (pág. 350).

Posteriormente, Ángel GARRORENA: “[Voz] Ley”, en Manuel ARAGÓN REYES: *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I. Constitución, Estado Constitucional y fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 297, ha matizado su postura, señalando que la ley es la “norma primaria del ordenamiento jurídico a la que la Constitución [...] encomienda la derivación primera del Derecho”. El principio de legalidad, entendido como “precedencia de la ley”, exige que exista una ley previa para poder dictar un reglamento.

normas en el ámbito *ad intra*, que se entiende como el “ámbito natural o inherente al reglamento”¹⁹. En el ámbito *ad extra*, esta habilitación genérica es insuficiente y es necesaria una habilitación específica de la ley ²⁰, remisión normativa que se considera dogmáticamente como un supuesto de delegación legislativa. Siguiendo esta línea restrictiva se ha situado el Tribunal Constitucional en alguna ocasión:

“La distinción clásica entre Ley y Reglamento recibe su sentido de la necesidad de diferenciar, en razón de sus fuentes, las normas procedentes de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución), y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y, salvo muy contadas excepciones *sólo puede actuar cuando el primero lo habilita*”²¹.

Otra postura prescinde de la dicotomía *ad intra-ad extra*, y circunscribe la necesidad de habilitación específica a la potestad reglamentaria de los Ministros. Así, se distingue entre titularidad “ordinaria o de derecho común” y potestad reglamentaria “excepcional o de atribución”²². La titularidad ordinaria le corresponde al Gobierno en función del art. 97 CE; los Ministros y otras autoridades pueden ejercer la potestad reglamentaria cuando una norma específica se lo atribuya ²³.

C) Jerarquía normativa

Partiendo de que la Constitución no ha recogido una reserva reglamentaria ²⁴, en relación con la jerarquía se entiende que el reglamento se encuentra sometido a la ley de manera “absoluta”²⁵. La jerarquía normativa de la ley frente al reglamento no se entiende

¹⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., págs. 200 a 204 definen la “materia reglamentaria”. Para estos autores existe un “ámbito natural o inherente al Reglamento como norma, [que es] el de las cuestiones administrativas que corresponden al ámbito organizativo de la Administración” (pág. 203).

²⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 202.

²¹ STC 35/1982, de 14 de junio, fto. jco. 2, (la cursiva es mía).

²² Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., págs. 755 a 763.

²³ Para Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., págs. 760 a 762, el art. 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (actual art. 4.1.b) LG, que interpreta en el mismo sentido en *Principios de Derecho Administrativo. Volumen I*, CEURA, Madrid, 2002, págs. 334-335) no atribuye potestad reglamentaria al Ministro, sino que se trata de una disposición en blanco, de puro reenvío. Es necesaria una atribución específica, que puede hacerse por ley, aunque la atribución debe limitarse a cuestiones o temas singulares y no puede afectar a materias de carácter gubernamental. La atribución también puede realizarse en una norma reglamentaria de rango superior, para regular cuestiones secundarias, operativas que no formen parte del núcleo de la materia que debe regular el Gobierno. En principio, no distingue entre ámbito *ad intra* y *ad extra* en cuanto a la atribución de competencia para aprobar reglamentos, pero esta dicotomía sí está presente en su concepción de la reserva de ley.

²⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 236; quienes citan jurisprudencia del TC.

²⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 178. Esta sumisión absoluta se despliega de distintas formas: el reglamento sólo es posible en los ámbitos que la ley le permite, el reglamento no puede contradecir la ley ni dejar sin efectos preceptos legales, ni puede suplir a la ley donde ésta es necesaria.

únicamente en sentido formal, sino que se introducen consideraciones que apuntan a una subordinación de carácter material.

D) Reserva de ley

1.- Función de la reserva de ley

Desde el paradigma liberal, se considera que la función de la reserva de ley está relacionada con la garantía de los derechos de los ciudadanos²⁶. Así, se entiende que la reserva de ley es “expresión misma del principio democrático”, que sirve como garantía frente a intervenciones en el ámbito de libertad de los ciudadanos por parte del poder público²⁷. O que obedece al “equilibrio de poderes y la garantía del principio democrático”²⁸. También desde la idea del principio democrático se ve en la reserva un “medio de control político de la burocracia e incluso del propio Gobierno”²⁹.

Esta concepción liberal se muestra en la doctrina del Tribunal Constitucional, para quien la reserva de ley es “una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho”, cuyo significado último es

“asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”³⁰.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., págs. 738 a 741 distingue cuatro aspectos en relación con la primacía de la ley: (1) primacía formal de la ley respecto al reglamento, viendo en la Constitución una intención de “*legificación* de un sistema profundamente *reglamentarizado*” (pág. 739); (2) primacía material o de contenido, según la cual los reglamentos no pueden tener un contenido o sentido contrario a las leyes, (3) la primacía objetiva o de ámbito y (4) la primacía directiva respecto del reglamento.

²⁶ Téngase en cuenta que, en su origen liberal, la reserva de ley en materia de propiedad y libertad, definida por Otto Mayer, cumplía una función equivalente a una declaración de derechos, declaración que no recogía la Constitución del Reich de 1871 (Cfr. José María BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales...*, cit., págs. 20 y 44).

²⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 245. La cita completa es la siguiente: “El principio [de reserva de ley] funciona como una garantía frente a las veleidades de intervención autoritaria por parte de cualquier autoridad o poder público. Sólo el consentimiento de los ciudadanos, que se expresa en la Ley, puede legitimar una intervención en su ámbito de libertad. La reserva de Ley es así la expresión misma del principio democrático”.

²⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 775. Ángel GARRORENA concibe la reserva como una “garantía de las minorías parlamentarias y del procedimiento legislativo”, en “[Voz] Reserva de ley”, en Manuel ARAGÓN REYES: *Temas básicos de Derecho Constitucional*, cit., pág. 303.

²⁹ Ricardo GARCÍA MACHO: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, pág. 114.

³⁰ STC 83/1984, de 24 de julio, fto. jco. 4, cit. por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., págs. 246 y 247.

2.- *Ámbito de la reserva de ley*

Desde el paradigma liberal se mantiene la existencia de una reserva de tipo general³¹. Se han llevado a cabo distintas reconstrucciones del ámbito de la reserva de ley genérica, la mayoría muy marcada, en el fondo, por la dicotomía *ad intra-ad extra*.

En su concepción más reducida, se entiende que la reserva abarca “todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos”, y tiene como fundamento el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que el art. 10.1 CE consagra³².

Desde presupuestos similares, pero reconociendo un espacio mayor, se considera que la reserva afecta a “cualquier regulación que atañe, de cualquiera manera, el ejercicio de los derechos fundamentales, y, en concreto, en términos aún más amplios, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) que dichos derechos garantizan”³³. La conclusión a que llegan es que no se pueden dictar reglamentos independientes que afecten a la libertad y a la propiedad³⁴.

Por último, hay quien sostiene que, en nuestra Constitución, la clásica reserva de ley sobre libertad y propiedad se extiende también a la actividad prestacional. Esta ampliación de la reserva tiene su fundamento en el principio democrático (art. 1.1 CE), que supone que el Parlamento es la fuente normativa primaria u originaria³⁵.

3.- *Intensidad de la reserva de ley*

El paradigma liberal considera que, en las materias reservadas, los reglamentos se encuentran sometidos a la ley de una manera especialmente intensa.

Así, se concibe el reglamento como “*complemento indispensable de la Ley*”, el reglamento debe regular “*todo lo indispensable*” para garantizar la aplicación de la ley, pero no puede ir más allá de lo estrictamente indispensable³⁶. La doctrina del

³¹ La excepción a esta concepción genérica de la reserva está en Francisco RUBIO LLORENTE. Pero su visión liberal se manifiesta en su concepción amplia del principio de legalidad, que cumple una función similar a la de la reserva genérica en cuanto al mantenimiento del poder del Parlamento y la negación de los reglamentos independientes. En esta línea de dar más importancia al principio de legalidad para determinar la relación entre ley y reglamento también se encuentra Ángel GARRORENA: *El lugar de la Ley...*, cit., pág. 68; quien también reconoce la inexistencia de una reserva de ley genérica en “[Voz] Reserva de ley”, cit., pág. 305.

³² Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 781. Para este autor, la actividad prestacional o la que no supone ejercicio de autoridad no se encuentra sometida a reserva (pág. 783).

³³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 244 (cursiva original).

³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 245.

³⁵ Ricardo GARCÍA MACHO: *Reserva de ley...*, cit., págs. 113 y 114. Este autor mantiene un paradigma liberal ya que refuerza el poder del Parlamento frente al ejecutivo, llevando la reserva a su grado extremo. Para este autor, el principio democrático “legitima al Parlamento como fuente primaria u originaria normativa, lo cual implica que el ejecutivo, para actuar, necesita una ley previa” (pág. 114).

³⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 271. Esta doctrina se refiere al reglamento ejecutivo. Sin embargo, debido a la concepción de la reserva genérica que mantiene y a su concepción material de los reglamentos, es perfectamente trasladable a la doctrina de la reserva de ley. La misma concepción del complemento indispensable se

complemento indispensable permite que los reglamentos establezcan normas de organización y procedimiento que no afecten al contenido sustancial de la Ley, precisen preceptos legales vagos e incompletos, hagan explícitas reglas derivadas de los principios legales y corrijan deficiencias legales ³⁷.

La sujeción estricta del reglamento a la ley en las materias reservadas también se hace evidente cuando se delimitan criterios para determinar la validez de las remisiones reglamentarias. Estos criterios son:

- 1.- Complitud, la ley ha de regular la totalidad del régimen jurídico sustancial de la materia, pudiendo el reglamento regular “aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia”.
- 2.- Mensurabilidad de la remisión legal, que ha de ser expresa; concreta y específica, sin que sean posibles remisiones genéricas; y delimitada, es decir que circunscriba su ámbito de actuación.
- 3.- La remisión ha de ser previsible, de modo que la ley debe incluir unos criterios materiales que hagan calculable el sentido de la regulación reglamentaria.
- 4.- El criterio de la ejecución administrativa, que permite remisiones más amplias cuando a la Administración le corresponda el cumplimiento de la materia reservada ³⁸.

Esta sujeción estricta también se manifiesta cuando se establece una gradación de la intensidad de la reserva en función de una interpretación gramatical de la Constitución ³⁹. El “sólo por ley” del art. 51 CE impide, en principio, la regulación reglamentaria de los derechos fundamentales, aunque se permiten reglamentos que regulen cuestiones de detalle o mera ejecución. Las expresiones “la ley regulará” o “mediante ley”, implican que la ley tiene que regular lo esencial y los reglamentos pueden regular cuestiones puntuales y concretas, pero no son posibles remisiones genéricas. Por último, “estar autorizado por ley” (art. 135.1 CE) implica una reserva formal en la que el Gobierno determina el contenido material de su actuación.

encuentra en la STS de 11 de mayo de 1999 (Az. 6146), fto. jco. 4.C, según la cual el reglamento ejecutivo “debe incluir todo lo indispensable y sólo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley”.

La jurisprudencia del TC también mantiene el criterio del complemento indispensable. Así, la STC 71/1982, de 30 de noviembre, fto. jco. 7, señala que la Ley contiene “una formulación general, que tendrá su complemento indispensable mediante una reglamentación”. Según la STC 86/1984, de 27 de julio, fto. jco. 4, la reserva de ley “se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley” (cit. por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 272).

³⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 272.

³⁸ Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., págs. 786 a 788.

³⁹ Cfr. Ricardo GARCÍA MACHO: *Reserva de ley...*, cit., págs. 115 a 118.

E) Los reglamentos independientes desde el paradigma liberal

El paradigma liberal propone un ámbito muy limitado para los reglamentos independientes, es decir, los reglamentos que pueden dictarse sin necesidad de habilitación legal específica.

La postura más restrictiva, que parte de un concepto amplio del principio de legalidad, niega la posibilidad de reglamentos independientes, en sentido estricto, sobre cualquier ámbito material⁴⁰.

La reconstrucción que se fundamenta en la dicotomía *ad intra–ad extra*, considera que sólo pueden dictarse reglamentos independientes en el ámbito organizativo y en el de las relaciones de sujeción especial⁴¹. Esta es la doctrina que mantiene el Tribunal Supremo⁴², aunque a veces el Tribunal ha considerado como organizativos reglamentos que estaban llevando a cabo una regulación que afectaba directamente a los ciudadanos⁴³.

Otra postura, en principio menos limitadora, considera que el fundamento de los reglamentos independientes se encuentra en la coexistencia de la reserva de ley y de la atribución constitucional al Gobierno de una potestad reglamentaria genérica⁴⁴. Sin embargo, plantea límites expresos a los reglamentos independientes en los “campos de actuación” que le son propios. Así, los reglamentos sobre organización se encuentran sometidos a la reserva de ley del art. 103.2 CE; hay aspectos de las relaciones de sujeción especial que se encuentran también reservadas a la ley; el ámbito prestacional se encuentra sujeto a la ley si impone límites, medidas organizativas o implique desembolso de fondos públicos; por último, se entiende que no existe potestad reglamentaria

⁴⁰ Ángel GARRORENA: *El lugar de la Ley...*, cit., pág. 107. Para este autor, en materia organizativa, el art. 103.2 CE impone la exigencia de una ley previa, que no es “ley habilitante” atributiva de potestad, sino que establece un marco legal previo a los reglamentos (*cf.* 104 y 105); de modo que la CE no permite los reglamentos independientes en sentido estricto (pág. 107). En idéntico sentido FRANCISCO RUBIO LLORENTE: “El principio de legalidad”, cit., págs. 350 y 351.

⁴¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 212.

⁴² Así, por ejemplo: STS de 11 de abril de 1981 (Az. 5405), cdo. 3º; STS de 10 de mayo de 1989 (Az. 3744 del año 1992), fto. jco. 3; STS de 24 de enero de 1990 (Az. 408), fto. jco. 2; STS de 19 de julio de 1993 (Az. 5594), fto. jco. 2.2; STS de 6 de noviembre de 1995 (Az. 8165), fto. jco. 1; STS 30 de julio de 1996 (Az. 6363), fto. jco. 3; STS de 28 de enero de 1997 (Az. 534), fto. jco. 1.

⁴³ Resulta sorprendente la STS de 9 de febrero de 1996 (Az. 1812), dictada en relación con el Real Decreto 1119/1989, de 15 de septiembre, por el que se regula el tráfico de embarcaciones especiales de alta velocidad en las aguas marítimas españolas. El Supremo entiende que se trata de “una disposición simplemente organizativa, un reglamento independiente, según se desprende de su texto y contenido” (fto. jco. 2). Sin embargo, *de su texto y contenido* se deduce todo lo contrario. El reglamento establece la obligatoriedad de llevar una identificación de forma visible en el casco (art. 2.1), identificación que deberá ser solicitada por los propietarios a la Administración (art. 2.2). Las embarcaciones deben (art. 3) atracar en el lugar que determine el Capitán de Puerto, solicitar autorización de salida, adjuntando una relación de tripulantes y pasajeros, comunicar el regreso antes de transcurrida una hora desde su llegada, y disponer de un seguro que cubra la responsabilidad civil, por un importe no inferior a cincuenta millones de pesetas.

Un supuesto similar se encuentra en la STS de 25 de julio de 1996 (Az. 6345), en relación con el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo. Este reglamento regula, entre otras cosas, la transferencia de la titularidad y de la propiedad de los buques (art. 52 y ss).

⁴⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 789.

independiente basada en un título general de policía por ser contraria al Estado de Derecho ⁴⁵.

F) La potestad normativa del Ministro desde el paradigma liberal

Las reconstrucciones sobre la potestad reglamentaria del Ministro desde un paradigma liberal limitan esta potestad desde la exigencia de una habilitación reforzada. También se tiene en cuenta el carácter político de la potestad reglamentaria externa que, como tal, le corresponde al Gobierno y no a los Ministros ⁴⁶.

La reconstrucción basada en la dicotomía *ad intra-ad extra*, parte de que el ámbito propio de la potestad reglamentaria del Ministro es la organización interna de los servicios de su Departamento, mientras que la potestad reglamentaria externa sólo puede ser ejercida por el Gobierno ⁴⁷. Postura que también es seguida por el Tribunal Supremo ⁴⁸. Aunque también se reconoce la posibilidad de dictar Órdenes Ministeriales ejecutivas con carácter *ad extra*, siempre que la legislación específica le habilite especialmente para ello ⁴⁹.

Para quien no se basa en la dicotomía *ad extra-ad intra*, la potestad reglamentaria del Ministro se encuentra sometida a una habilitación reforzada. Así, se estima insuficiente la atribución de potestad reglamentaria al Ministro realizada en el art. 4.1.b) LG (anteriormente el art. 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), que se considera “una disposición en blanco, de puro reenvío”, siendo necesaria otra norma específica de atribución ⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., págs. 792 a 794.

⁴⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 188, consideran que los reglamentos con efectos *ad extra* “implican una supremacía general sobre el pueblo que es propia del Gobierno como órgano político (art. 97 de la Constitución)”. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 754 entiende que “La potestad reglamentaria externa es un poder de sustancia estrictamente política y, por lo mismo, sólo pertenece *prima facie* a los órganos de relevancia constitucional directa” (cfr. también 761 y 762).

⁴⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., pág. 188.

⁴⁸ Por ejemplo, STS de 17 de febrero de 1998 (Az. 1596), fto. jco. 2 y STS de 7 de junio de 1999 (Az. 4316), fto. jco. 4.

⁴⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso...*, ob. cit., pág. 189, basándose en el art. 12.2.a) LOFAGE. Estos autores también reconocen la posibilidad de habilitaciones por Real Decreto, siempre que no excedan el ámbito estrictamente ejecutivo de las normas sustanciales contenidas en el Real Decreto. De otro modo se produciría un traslado de competencia o delegación, prohibido por el art. 13.2.b) LRJ-PAC y que sería contrario a la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno del art. 97 CE.

⁵⁰ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 760. Esta norma puede ser una ley, siendo válidas las remisiones sobre cuestiones singulares, pero no sobre materias o sectores completos de actividad, aunque también puede hacerse por Real Decreto, de forma excepcional y para regular cuestiones secundarias, operativas y que no integren el núcleo esencial de la materia que debe regular el Gobierno (cfr. págs. 761 y 762). Mantiene la misma interpretación en relación con el actual art. 4.1.b) LG, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Principios...*, cit., págs. 334 y 335.

III. EL CONCEPTO DE REGLAMENTO DESDE UN PARADIGMA SOCIAL

El paradigma social reconoce un mayor ámbito de actuación a la potestad reglamentaria del Gobierno, porque desde este paradigma se propone la intervención del Estado en la vida social. El Estado adquiere un papel conformador de las relaciones sociales, y en esta función conformadora cumplen un papel muy relevante el Gobierno y la Administración. También se tiene en cuenta que es la Constitución la norma que atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno. En cuanto a la dicotomía *ad intra–ad extra*, no se considera un criterio válido para establecer la distribución del poder normativo, ya que no se encuentra recogido en nuestro derecho positivo.

El orden de prelación en el que se manifiesta el paradigma social es: (1) competencia para dictar reglamentos; (2) jerarquía normativa; (3) reserva de ley, y (4) principio de legalidad.

A) Competencia para dictar reglamentos

Las reconstrucciones que asumen un paradigma social toman como punto de partida la atribución constitucional de potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria del Gobierno no procede de una atribución legislativa sino por “atribución directa y expresa de la Constitución”⁵¹, el Gobierno “tiene en nuestro sistema una potestad reglamentaria originaria en cuanto que es constitucional”⁵².

En principio, se reconoce al Gobierno un mayor margen de decisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, se entiende que la atribución de potestad reglamentaria se hace al margen de la función ejecutiva⁵³; o se señala que el art. 106.1 CE contrapone la potestad reglamentaria y la actuación administrativa⁵⁴.

El paradigma social considera que no es necesaria una habilitación legal específica para dictar reglamentos y prescinde de la dicotomía *ad intra–ad extra*.

B) Jerarquía normativa

La jerarquía normativa se ve únicamente desde una perspectiva formal. Los reglamentos se encuentran subordinados a la ley, subordinación que se entiende como

⁵¹ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 222. Para DE OTTO, el art. 97 CE no atribuye la potestad reglamentaria sólo al Gobierno como órgano, sino también a cada uno de los órganos colegiales e individuales que lo integran. En su interpretación adquiere gran importancia el art. 62.f) CE (*cfr.* pág. 223).

⁵² Alfredo GALLEGO ANABITARTE en Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: “Artículo 97. Funciones del Gobierno”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo VIII. Artículos 97 a 112*, EDERSA, Madrid, 1998, pág. 162. Aunque después la postura se matiza, en el sentido de que se considera que el fundamento de la potestad reglamentaria del Gobierno es constitucional, pero su ámbito es legal; mientras que el fundamento y el ámbito de la potestad reglamentaria de los Ministros es legal (pág. 164).

⁵³ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 222.

⁵⁴ Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: “Artículo 97...”, cit., pág. 156.

vinculación negativa, en el sentido de que los reglamentos no pueden contradecir lo establecido en las leyes ⁵⁵.

C) Reserva de ley

El paradigma social propone una comprensión distinta del ámbito de la reserva. En cambio mantiene una doctrina similar a la propuesta por el paradigma liberal en cuanto a la intensidad de ésta.

1.- Función de la reserva de ley

El paradigma social tiene en cuenta la *interdependencia por integración* que se ha producido entre el Gobierno y las Cortes ⁵⁶. En los sistemas parlamentarios, el Gobierno cuenta con el apoyo del Parlamento ⁵⁷. Así, se señala que el punto de referencia de la reserva ha pasado de la dicotomía entre un Parlamento democrático y un Ejecutivo sin tal legitimación, a la distinción entre un bloque formado por la mayoría parlamentaria más el Gobierno, por un lado y la oposición por otro ⁵⁸.

Desde el paradigma social se concibe la función de la reserva de ley como garantía de que la regulación de determinadas materias se realice a través del procedimiento legislativo, asegurando el pluralismo democrático frente a una posible expansión ilimitada de la potestad reglamentaria del Gobierno ⁵⁹. La discusión pública parlamentaria tiene como resultado el pluralismo democrático, al permitir que los diferentes puntos de vista representados en el Parlamento se hagan patentes en el procedimiento de elaboración de las leyes ⁶⁰. En esta línea, también se ve en la reserva un mecanismo para

⁵⁵ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., págs. 159 y 227. DE OTTO critica la tesis de que en virtud de la primacía de la ley, “una vez que una materia ha sido regulada por ley, el rango normativo queda congelado y en el futuro sólo una ley podrá intervenir en el ámbito material, cualquiera que sea, también si no es objeto de reserva legal” (pág. 227).

⁵⁶ Tomo el término “interdependencia por integración” de Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, pág. 55.

⁵⁷ En realidad, nuestro sistema constitucional permite la existencia de gobiernos en minoría. El mecanismo de investidura del presidente del Gobierno por mayoría simple, la cuestión de confianza y la moción de censura constructiva son elementos que posibilitan la existencia de gobiernos con apoyo minoritario en las Cortes.

⁵⁸ Cfr. Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., págs. 143 y 153, quien también conecta la problemática de la reserva de ley con el sistema de partidos que otorga al Gobierno un papel director y propulsor de la mayoría.

⁵⁹ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 153. Joaquín 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”, *Revista de Administración Pública* nº 100-102 (1983, Vol. I), pág. 479, por su parte, considera que la función de la reserva es “forzar la intervención del legislador para que éste impulse y dirija la actuación del Gobierno”.

⁶⁰ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 153.

“mantener el juego de las minorías–mayorías”⁶¹, o se señala que la calidad procedimental de la ley es diferente que la del reglamento ⁶².

2.– *Ámbito de la reserva de ley*

El paradigma social niega la existencia de una reserva de ley genérica, que como hemos visto tiene su base en la dicotomía *ad extra–ad intra*. En su versión más fundamentada, este paradigma parte del “extenso y complejo sistema de reservas específicas” que recoge la Constitución, sistema que hace difícil entender que existe una reserva general que no aparece de forma explícita ⁶³. Aunque en ocasiones, se parte sencillamente de que la Constitución sólo reserva a la ley aquéllas materias a las que se refiere expresamente ⁶⁴.

3.– *Intensidad de la reserva de ley*

El paradigma social no difiere demasiado del paradigma liberal en cuanto a la intensidad de la reserva aunque, en línea de principio, reconoce un mayor margen al reglamento en las materias reservadas.

Así, se plantea la distinción entre reglamentos *secundum legem* (reglamentos para la ejecución de la ley) y reglamentos *intra legem* (reglamentos de complemento de la ley) en función de la intensidad de la reserva de ley. De forma que la expresión “sólo por ley” del art. 53.1 CE permite únicamente reglamentos estrictamente ejecutivos ⁶⁵. Manteniendo una distinción similar entre tipos de reserva, se ha señalado que en las reservas no absolutas la potestad reglamentaria puede introducir “opciones políticas”⁶⁶.

⁶¹ Joaquín TORNOS MAS: “La relación...”, cit., pág. 482. Aunque este autor mantiene en cierta medida los presupuestos de un paradigma liberal cuando considera que la reserva legal implica “la voluntad de garantizar la esfera privada frente a la decisión libre en su contenido del ejecutivo”.

⁶² José María BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales...*, cit., pág. 96. Para este autor “la reserva de ley tiene su justificación constitucional en la naturaleza del procedimiento de elaboración” (pág. 97).

⁶³ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 156. Este autor señala que hay una multitud de materias que la Constitución reserva a la ley, se delimitan los ámbitos de la ley orgánica y la ley ordinaria, se prohíbe que ciertas materias sean reguladas por decreto legislativo y por decreto-ley, hay excesivas reservas de carácter institucional, y la reserva que afecta a los derechos fundamentales cubre una parte de la actividad prestacional. Siguiendo a Ignacio DE OTTO, Antonio EMBID IRUJO: “Potestad reglamentaria”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 29 (1991), págs. 96 y 97 considera que los principios de la lógica y de la analogía impiden que se pueda deducir una reserva genérica de las amplias reservas parciales existentes en la Constitución.

⁶⁴ José María BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales...*, cit., pág. 86; Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: “Artículo 97...”, cit., pág. 185.

⁶⁵ Cfr. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: “Artículo 97...”, cit., págs. 182 a 183.

⁶⁶ Joaquín TORNOS MAS: “La relación...”, cit., pág. 485. Este autor distingue dos tipos de reserva: (1) La reserva absoluta o cualificada y (2) los demás tipos de reserva. En la reserva absoluta (“sólo por ley”) el reglamento actúa como ejecución, como organización de la actividad administrativa que sea precisa para garantizar el derecho. En los demás tipos de reserva, la ley debe establecer los objetivos, el procedimiento y la organización, permitiéndose que la Administración introduzca sus opciones políticas.

También se modula la intensidad de la reserva de ley en función de la materia, señalándose, por ejemplo, que “A mayor grado de afectación de la regulación de un derecho fundamental menores posibilidades de remisión de la ley al Reglamento”⁶⁷.

D) Principio de legalidad

Desde el paradigma social, se considera que el principio de legalidad en relación con los reglamentos se agota en dos aspectos: la primacía de la ley frente al reglamento y la reserva de ley ⁶⁸. Se rechazan así las construcciones del principio de legalidad que derivan de éste la necesidad de previa autorización legal para ejercer la potestad reglamentaria, incluso en las materias que constitucionalmente no se encuentran reservadas a la ley. Para el paradigma social, la existencia de reservas concretas en la Constitución es incompatible con la existencia de un principio de legalidad que suponga que el reglamento sólo puede hacer aquello que la ley le permita ⁶⁹.

E) Los reglamentos independientes desde el paradigma social

Desde el paradigma social se considera que los reglamentos pueden regular cualquier materia, salvo las que se encuentran reservadas. En las materias no reservadas a la ley, el Gobierno no necesita autorizaciones específicas, sino que es suficiente la atribución del art. 97 CE ⁷⁰.

En este paradigma no se parte de la existencia de un ámbito natural del reglamento ⁷¹, ni se utiliza la dicotomía *ad extra-ad intra*. Además, se pone de manifiesto que tanto la organización de la Administración (art. 103.2 CE); como los supuestos de relaciones de sujeción especial: relación funcional (art. 103.3 CE), estudiantes (art. 27 CE) y presos (art. 25.2 CE), se encuentran sometidas a reserva de ley ⁷².

Desde este paradigma se señala que la posibilidad de dictar reglamentos independientes se reconoce en la Ley del Gobierno, cuyo art. 5.h) se refiere a los reglamentos para la ejecución de las leyes y a *las demás disposiciones reglamentarias que procedan*. En esta línea, el art. 23.2 LG abre la posibilidad de que se dicten

⁶⁷ José María BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales...*, cit., pág. 104. El análisis de este autor parte de tres elementos: a) la delimitación del ámbito de cada reserva en concreto; b) la tradición jurídica, especialmente en relación con el grado de afectación a los derechos fundamentales y el ámbito autoorganizativo del poder ejecutivo; y c) la fundamentación constitucional de la reserva en las remisiones a ordenanzas o a planes (*cfr.* pág. 103 y ss.).

⁶⁸ Implícitamente Ángel MENÉNDEZ REXACH, en Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: “Artículo 97...”, cit., págs. 190 y 194, en cuanto al análisis de la potestad reglamentaria independiente o *praeter legem*.

⁶⁹ *Cfr.* Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, ob. cit., pág. 241.

⁷⁰ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 236. DE OTTO critica la postura de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ en las páginas 233 y 234.

⁷¹ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., págs. 216 a 217. Para su crítica a la utilización de la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos *cfr.* pág. 219.

⁷² Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: “Artículo 97...”, cit., pág. 191.

reglamentos independientes, en las materias no reservadas ni reguladas por ley, siempre que no se infrinjan normas legales ⁷³.

En todo caso, desde un paradigma social se tiene en cuenta que la potestad reglamentaria siempre se encuentra limitada por la ley en cuanto al procedimiento, en la cobertura de sus gastos, además de los límites derivados de los derechos fundamentales ⁷⁴ y que deben respetar las leyes administrativas generales ⁷⁵.

F) La potestad normativa del Ministro desde el paradigma social

El paradigma social reconoce expresamente la posibilidad de que los Ministros aprueben reglamentos independientes con efectos *ad extra*.

Hay quien considera que la atribución de potestad reglamentaria a los Ministros se deriva del art. 97 CE ⁷⁶, aunque también se entiende que tanto el fundamento como el ámbito de esta potestad son de carácter legal ⁷⁷.

Lo que sí tienen en común es reconocer que en las materias propias de su departamento, los Ministros pueden aprobar reglamentos independientes ⁷⁸. Materias que no se limitan a la organización interna ⁷⁹.

También se reconoce la posibilidad de que los Ministros desarrollen directamente una ley, aunque sólo para regular ciertos aspectos concretos, no para establecer regulaciones generales ⁸⁰.

IV. CONCLUSIÓN: LA DISCUSIÓN SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA ES, EN EL FONDO, UNA DISPUTA DE CARÁCTER POLÍTICO

En mi opinión, tanto el concepto de reglamento propio del paradigma liberal como el concepto de reglamento propio del paradigma social, son igualmente plausibles desde el punto de vista de la técnica jurídica. Ambos conceptos tienen en cuenta las notas

⁷³ Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: "Artículo 97...", cit., págs. 133, 191 y 192.

⁷⁴ José María BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales...*, cit., pág. 193. Este autor considera que "No hay ningún ámbito en el que la Administración pueda actuar sin estar de manera directa o indirecta limitada por la ley".

⁷⁵ Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: "Artículo 97...", cit., pág. 190.

⁷⁶ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 223.

⁷⁷ Alfredo GALLEGU ANABITARTE en Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: "Artículo 97...", cit., pág. 164. Este autor interpreta que la legislación específica a la que hace referencia el art. 12.2.a) LOFAGE (los Ministros ejercen la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica), es la Ley 50/1997, del Gobierno (pág. 147).

⁷⁸ Ángel MENÉNDEZ REXACH en Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: "Artículo 97...", cit., pág. 198.

⁷⁹ Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 224, quien conecta la potestad reglamentaria de los Ministros en las materias propias de su departamento con la competencia y responsabilidad directa de éstos a la que se refiere el art. 98.2 CE.

⁸⁰ Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH: "Artículo 97...", cit., pág. 198, citan en su apoyo la STC 185/1995, de 14 de diciembre.

distintivas de la potestad reglamentaria establecidas en la Constitución y en la Ley del Gobierno: el principio de legalidad, la competencia para dictar reglamentos, la jerarquía normativa y la reserva de ley. La discrepancia entre ambos conceptos de reglamento obedece a que cada paradigma interpreta de manera diferente el contenido de los elementos que caracterizan la potestad reglamentaria y otorga una importancia distinta a cada uno de esos elementos.

Estas interpretaciones divergentes ponen de manifiesto el amplio grado de indeterminación que caracteriza al Derecho. Asimismo, desde la comprensión paradigmática del Derecho, se plantea la cuestión de que las concepciones políticas son uno de los elementos que integran los discursos jurídicos y que cumplen un papel fundamental en la configuración de esos discursos. En última instancia, la decisión por una o por otra comprensión de la potestad reglamentaria responde a una determinada visión de mundo. Es, por tanto, una disputa de carácter político y, como tal, debería abrirse al conjunto de la sociedad ⁸¹.

⁸¹ “La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el Estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político. La justicia y la dogmática jurídica, en virtud de la prerrogativa en lo tocante a toma de decisiones y, en general, en virtud de sus experiencias y conocimientos profesionales, están implicadas de un modo privilegiado en esta disputa de interpretaciones; pero no pueden invocar su autoridad científica para imponer a los demás una comprensión de la Constitución, de la que el público de ciudadanos ha de empezar convenciéndose.”

(Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez...*, cit., pág. 477).