

REGULACIÓN ECONÓMICA: SU INSTRUMENTACIÓN NORMATIVA (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)*

ELISENDA MALARET I GARCIA
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LA NOCIÓN DE REGULACIÓN PARA CARACTERIZAR EL PAPEL DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN Y GARANTÍA DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES DESMONOPOLIZADOS. II. LA SEGURIDAD —JURÍDICA— COMPONENTE ESENCIAL DE LA LIBERTAD ECONÓMICA DE LOS MODERNOS. UN PRINCIPIO DE CERTEZA DEL DERECHO ESPECIALMENTE RELEVANTE EN UN CONTEXTO DE ESTADO REGULADOR. III. ¿CRISIS Y TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU ACEPCIÓN DE PRIMACÍA DE LA LEY EMANADA DEL PARLAMENTO? A MODO DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Como señalaba expresamente SALAS el análisis de los decretos-leyes tenía como finalidad examinar —de manera focalizada en un determinado instrumento— las relaciones entre Gobierno y Parlamento (1). Nuestro trabajo tiene una finalidad parecida; queremos examinar el papel del Parlamento y del Gobierno pero no con carácter general sino aco-

* Este trabajo concebido y escrito expresamente como homenaje al Profesor JAVIER SALAS presenta algunos de los resultados de la investigación desarrollada en el marco del Proyecto «Gobierno y Administración en el proceso de integración europea: los retos del Estado regulador» (BJU 2001-03151) dirigido por la autora.

(1) *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, ed. Civitas, 1979, p. 15 y años más tarde, «Los decretos-leyes en la teoría y la práctica constitucional», en AAVV: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría* (I), p. 266 y ss. Madrid, ed. Civitas 1991.

tandole a un determinado ámbito material la ordenación económica — utilizando ahora una terminología muy presente en el período en que desarrolló su actividad investigadora Javier SALAS—, campo de análisis que circunscribiremos todavía más con la idea de regulación (luego volveremos). Para ello nos centraremos ahora en dos instrumentos normativos, los decretos-leyes y las denominadas leyes de acompañamiento presupuestario (2).

Aunque el título del trabajo enuncia con bastante precisión su objeto, parece pertinente en aras a una mejor delimitación realizar algunas consideraciones en torno al significado que asignamos a las dos expresiones utilizadas en el título, *regulación económica* e *instrumentación normativa*.

Esta última no presenta especial dificultad si atendemos al dato de su concreción mediante la remisión a dos tipos de disposición caracterizadas o por su rango de ley —decretos-leyes— o por su carácter de ley (formal) (3), ley en cuanto producto del parlamento —las leyes de acompañamiento, pero con un contenido particular que obliga en el estado actual del derecho a singularizarlas—. Los dos tipos se configuran como instrumentos normativos privilegiados en la ordenación económica y constituyen en la praxis española de estos últimos años un modo casi ordinario de instrumentación legal de las políticas de regulación.

Distinto es el supuesto de la locución *regulación económica* y por ello dedicaremos un capítulo a su análisis.

Antes de entrar en esta cuestión queremos explicitar los presupuestos metodológicos de los que partimos y los problemas que se nos suscitan.

El movimiento denominado a veces *desregulación* (siguiendo modos lingüísticos propios de otras tradiciones institucionales y sobre todo siguiendo pautas de carácter más político-ideológico que jurídico-institucional) representa un retorno a un derecho condicional propio del Estado liberal (4). En efecto en su acepción más amplia se entiende que el estado no solamente elimina trabas y barreras que dificultan el acceso a la actividad de las empresas —liberalización— sino que también desaparecen aquellas intervenciones en el desarrollo de la actividad empresarial que condicionaban o limitaban la capacidad decisoria de los

(2) Siguiendo una terminología ya asentada en la doctrina, vid. por todos L.M. CAZORLA PRIETO: *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario. Sus problemas de constitucionalidad*, Madrid, ed. IEF-Marcial Pons, 1998.

(3) Siguiendo la acepción dominante en todos los sistemas jurídicos europeos, una vez superada la construcción de LABAND que distinguía entre ley material y ley formal.

(4) C-A MORAND: *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, ed. LGDJ, Paris, 1999, p. 17

empresarios —y que generalmente operaban en sectores de monopolio o en los que había que garantizar determinadas prestaciones o determinadas condiciones de las mismas—. Pero este proceso no es unidireccional puesto que supone nuevas intervenciones destinadas a encuadrar y orientar las actividades económicas según las reglas de la competencia, por ello en determinados círculos se utiliza la expresión de neo-regulación para referirse a este proceso de regulación de nuevo cuño (5).

Es precisamente en esta dinámica dónde se plantean algunas paradojas. Pero antes recordar algunos elementos previos.

El lugar de la Ley en el proceso de creación del Derecho ha constituido y constituye todavía ahora un tema clásico del Estado de bienestar o Estado social, especialmente en la cultura jurídica alemana (6) que no partía del principio de primacía del parlamento, sino de la dualidad monárquica. El debate se articulaba entorno a las relaciones Ley y Administración Pública (no sólo Ley y reglamento ya que en determinados campos había una intervención administrativa sin ley sustantiva previa sino sólo sobre la base de la atribución competencial). La cuestión se suscitaba, y se suscita todavía, ahora por la relevancia que la organización y la actividad de prestación suponen en las tareas públicas destinadas a garantizar los derechos sociales y las prestaciones inherentes a los mismos. Organización y actividad de prestación —por contraposición a la de limitación— tradicionalmente ajenos al legislador, según distintas construcciones teóricas que ahora no cabe desarrollar (7). Como es bien conocido la Constitución de 1978 no ha acogido este modelo de reparto de funciones entre el parlamento y la Administración Pública, la reserva de ley del art. 53 CE no distingue según la tipología de los modos de intervención administrativa.

En el estado actual del Derecho constitucional español quizás debamos examinar como está impactando el Estado regulador en el sistema de fuentes. O para ser más precisos, cual es el lugar de la Ley en tanto que producto de elaboración parlamentaria y como tal fruto de un pro-

(5) J.C. LAGUNA DE PAZ: «Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario», *R.E.D.A.*, 1995, 88.

(6) Vid. dos posicionamientos distintos muy ilustrativos en D. JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, (trad. castellana), Madrid, ed. IEA, 1978 y C. STARK: *El concepto de ley en la Constitución Alemana* (trad. castellana), Madrid, ed. CEC, 1979.

(7) Vid. por todos, I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, ed. Ariel (1979, 1ª ed.) y J.A. SANTAMARIA PASTOR: *Fundamentos de derecho Administrativo*, Madrid, ed. Ramón Areces, 1988.

ceso deliberativo público expresión del pluralismo político en relación no al producto normativo subordinado, el reglamento, sino en relación a otros productos normativos dotados de la misma fuerza o capacidad de innovar —si bien relativa (8) y ahí estriba su singularidad— y en relación a los cuales el Gobierno detenta una posición preponderante.

¿Tiene el derecho actual alguna semejanza con la representación que generalmente se hace?

No se trata sólo de ver el papel que desempeñan otros instrumentos normativos con rango de ley en el desarrollo de las funciones del estado en un momento en que este se repliega sobre sus funciones normativas y de ordenación, dejando en manos de los particulares las tareas de gestión y producción de bienes y servicios públicos, sino que se trata también de ver que rol puede jugar uno de los principios fundamentales del Derecho público moderno, del Derecho fruto de la Ilustración (y todas sus variedades (9)): el principio de seguridad jurídica.

Para entender la significación de este principio que mejor que retomar la fórmula de DIEZ PICAZO en un libro que se ocupaba precisamente de una institución clave en la garantía de la seguridad jurídica, la derogación. «La burguesía triunfante en las revoluciones liberales sentía la imperiosa necesidad para el correcto funcionamiento de su modelo económico, como ya puso de relieve Max Weber, de un tipo de Derecho basado en la certeza, puesto que sólo así es posible hacer negocios» (10).

Para ello parece pertinente presentar en primer lugar algunos datos sobre la producción normativa para luego ver como se ha instrumentado especialmente algunas de las medidas más significativas de liberalización económica.

No se trata de hacer de nuevo un lamento acerca del declive del derecho que la inflación legislativa genera, al estilo de los pronunciamientos tan en boga en los años cincuenta en los países de nuestro entorno (fenómeno estrechamente vinculado al desarrollo del intervencionismo económico del Estado), sino de plantear la coherencia de esta manera de intervenir con los postulados de un Estado regulador, un Es-

(8) Como señala F. RUBIO LLORENTE «el concepto de fuerza de ley engloba una considerable variedad de fuerzas distintas», en «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)», ahora en la recopilación *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, ed. CEC, 1993.

(9) Vid una excelente síntesis de esta cuestión en P. CASANOVAS: *Genèsi del pensament jurídic contemporani*, Barcelona, ed. Proa, 1996, p. 68 y ss.

(10) L.M^o DIEZ PICAZO: *La derogación de las leyes*, Madrid, ed. Civitas, 1990, p. 37-38.

tado muy concentrado sobre el papel de hacedor de reglas tan caro a HAYEK, si bien la intervención en relación a empresa individuales y concretas es ajena a sus postulados.

Quizás esta perspectiva nos suministre algunas claves interpretativas para comprender mejor el carácter limitado de la liberalización económica emprendida estos últimos años, especialmente en cuanto de la introducción de competencia se trata quizás una mala instrumentación normativa de la política de liberalización, sus cambios constantes ofrece alguna pista explicativa de la escasa competencia en los sectores en cuestión.

I. LA NOCIÓN DE REGULACIÓN PARA CARACTERIZAR EL PAPEL DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN Y GARANTÍA DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES DESMONOPOLIZADOS

No pretendemos ahora realizar una presentación de los distintos usos que el vocablo regulación tiene en el derecho español, ni tampoco los distintos significados que la doctrina española le ha adjudicado (11) siguiendo los usos lingüísticos y conceptuales de dos tradiciones jurídicas radicalmente distintas, la norteamericana y la francesa y situándose en dos planos diferentes, normativo (o también caracterizado como prescriptivo) o positivo (descriptivo (12)); si bien en el campo del derecho la distinción aparece pocas veces de manera tajante, pero ello no es óbice para no tomarla en consideración ya que permite clarificar los planos en los que se desarrolla una determinada argumentación. Señalamos sólo que una de las aproximaciones tiene como objeto la intervención pública en la economía —la más influenciada por la literatura norteamericana—, la otra llama la atención sobre las formas o los medios de actuación —la más próxima a algunas de las propuestas nacidas en el derecho administrativo francés (13)—. Dejamos esta tarea para otro momento y lugar (14).

(11) Puesto que carecemos todavía de un trabajo de corte epistemológico y analítico.

(12) Lo que requerirá aportar evidencia para que efectivamente se pueda inferir del trabajo en cuestión que se sitúa en esta última perspectiva de análisis.

(13) La obra seminal en este campo es el trabajo de G. TIMSIT: «Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation», *RFAP.*, 1996, 78.

(14) Señalemos sólo las referencias fundamentales en la doctrina española, G. ARIÑO: *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de estado, Gestión pública, regulación eco-*

Retengamos, por el momento, que la noción de regulación irrumpe con fuerza a finales de los años ochenta del siglo XX en el Derecho administrativo francés, español e italiano y, dato muy significativo, en el campo del derecho administrativo económico. Este trabajo se sitúa en este ámbito de la intervención pública, por ello no tomaremos en consideración la noción de regulación ligada a la emergencia de nuevos modos de proceder y muy especialmente toda la temática derivada del posible control de contenidos en el audiovisual (15). Sin que podamos olvidar que la expresión no era desconocida por el derecho, si bien carecía de significación precisa; se utilizaba, según los campos científicos, como equivalente de la intervención del estado —en cuanto contrapuesta a la regulación espontánea por el mercado— o como sinónimo de reglamentación (16).

La idea de regulación emerge en Europa en el contexto de los procesos de liberalización económica (17) y fundamentalmente para caracterizar el tipo de intervención estatal que se desarrolla en aquellos sectores que anteriormente tenían un régimen jurídico caracterizado por la nota del monopolio (18). Un monopolio legal que se fundamentaba en razones de índole diversa —tecnológicas, económicas, políticas—. Un monopolio que incidía sobre servicios que tenían como soporte necesario unas infraestructuras estructuradas en red (esto es, aquellas para las que el efecto red es determinante para su economía), por ello no podemos ignorar que una parte cualificada de las actividades presentaba los rasgos característicos del monopolio natural. La regulación *económica* (diferenciada de la regulación por ra-

nómica, Granada, Comares, 1999; G.ARIÑO/J.M. DE LA CUETARA/MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *El nuevo servicio público*, Madrid, Marcial Pons, 1997; J. DE LA CRUZ FERRER: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Madrid, Marcial Pons, 1999; S. MUÑOZ MACHADO: *Servicio Público y mercado (I) Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1997; J. TORNOS: *Las autoridades de regulación del audiovisual*, Madrid, Marcial Pons.

(15) Vid. por todos J. TORNOS: *Las autoridades de regulación del audiovisual*, op. cit.

(16) E. MALARET: «Les transformations du système administratif espagnol», la obra colectiva dirigida por M. MIAILLE: *La régulation entre droit et politique*, Paris, ed. L'Harmattan, 1995, que reúne las Actas de un coloquio celebrado en 1992, vid en el misma obra, J.L. AUTIN: «Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public».

(17) E. MALARET: «Les transformations du système administratif espagnol», op. cit., en este libro se publica un trabajo de corte más analítico en que se plantea la significación del paradigma de la regulación en el contexto e las transformaciones de la función del estado en la economía, J. CHEVALIER: «De quelques usages du concept de régulation».

(18) Vid. por todos, J. CHEVALIER: «La mise en oeuvre de la réforme des télécommunications», *RFDA*, 1997.

zonas sociales como explicita la literatura especializada americana), la regulación a la americana, tiene su razón de ser en la existencia de un monopolio, un monopolio soporte de utilidades públicas, de servicios que favorecen la integración de los mercados, la circulación de las personas y las mercancías —de ahí la centralidad de la energía y las comunicaciones—, de servicios destinados o mejor *aptos para ser utilizados por todos* los ciudadanos o las empresas. Este destino público o esta utilidad general fundamenta los poderes de intervención del estado sobre las empresas, justifica la limitación de las facultades inherentes al derecho de propiedad y a la libertad contractual.

Un monopolio que requería una fuerte disciplina jurídica si estaba en manos privadas, como era la regla en EEUU. Un monopolio que requería, para mantenerse como, tal cobertura legal. El derecho, la intervención estatal tenía que acotar, limitar, en definitiva disciplinar coactivamente el poder que suponía o supone la posición de monopolio. De ahí la gama de intervenciones públicas que podemos intentar sintetizar en torno a dos ideas: a) limitación del ámbito de actividades de la empresa monopolista —y correlativa prohibición de operar en campos conexos—, con la imposición de la desagregación o segmentación en su caso (19) y b) control de la política tarifaria y por extensión de las condiciones de producción —señaladamente las inversiones—.

La regulación pretendía evitar la asunción privada de las rentas del monopolio. Esta misma idea está en el origen de algunas municipalizaciones en Europa en los inicios del siglo XX y de algunas nacionalizaciones posteriores.

Como señala AMATO *la legislación de la competencia se concibe en sus orígenes como instrumento para combatir el poder económico privado, impedir a unos pocos decidir el destino de muchos: impedir en una sociedad que se quiere democrática que un privado ejerza un poder que no le ha sido reconocido....En Europa esta batalla, en lugar de una ley antimonopolio generará la nacionalización* (20). En torno a estos modos de intervención se desarrolló el análisis económico de los fallos del mercado.

Los cambios derivados de la innovación tecnológica, de la innovación financiera, de las aportaciones de la ciencia económica o de las transformaciones políticas e ideológicas han conducido a cambios sus-

(19) Como bien sabemos esta es la regla que primero empezará a ser cuestionada, tanto para los monopolios públicos como para los privados, permitiendo por ejemplo a las empresas de telefonía de larga distancia entrar en el segmento local o permitiendo a las empresas de correos realizar servicios de los denominados de valor añadido.

(20) G. AMATO: *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Bari, ed. Laterza, 1998, p. 7-8.

tanciales en la manera de concebir y en los modos de actuar la intervención pública en la economía. Y muy señaladamente han inducido reformas en la regulación. No podemos obviar la influencia que ha tenido la teoría de los *fallos del gobierno* y todo la corriente estructurada en torno a las críticas formuladas en los trabajos de STIGLER —sobre la influencia de los intereses privados y la *captura* de los reguladores— en la manera de concebir en general la intervención pública en la economía y en particular la regulación.

Pero ahora no nos interesan las reformas que con carácter general han tenido como finalidad liberalizar la actividad económica, eliminando o reduciendo los derechos exclusivos, transformando las características de los controles —fundamentalmente previos— o eliminando las prohibiciones de operar en otros sectores. Proceso que a veces se ha denominado desregulación. Nuestro punto de interés se centra en la liberalización que tiene como objeto la desaparición de los monopolios en aquellos sectores de servicios con una infraestructura de red.

Las políticas de liberalización tuvieron en algunos casos un complemento en políticas de privatización. Los tiempos y los ritmos han sido muy diversos en los países europeos, si bien esta última no es cuestión fundamental, puesto que la clave para la introducción de eficiencia en la asignación de los recursos es la estrategia clara y decidida por la competencia.

El análisis de las privatizaciones de monopolios públicos suministra evidencia sobre la mayor importancia para la asignación eficiente de los recursos de la existencia de mercados competitivos y políticas regulatorias en relación a la estructura de propiedad de la empresa (21). Por ello la literatura económica se muestra escéptica sobre el valor de la privatización fuera de un entorno competitivo (22). Especialmente si se recuerda que la política de privatización ha tenido como finalidad fundamental la obtención de ingresos para el sector público o la simple reducción del sector público (23).

(21) Vid. por todos, J. VICKERS/G. YARROW: «Aproximaciones económicas a la privatización», traducido y publicado en lengua castellana en G. BEL (compilador): *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, Madrid, ed. Civitas, 1996, p. 185 y ss

(22) Vid. por todos, J.A. KAY/D.J. THOMSON: «La privatización: una política necesitada de base racional», traducido y publicado en lengua castellana en G. BEL (compilador): *Privatización, desregulación...op. cit.*

(23) Vid. la relevancia de esta perspectiva en la política británica de los años ochenta en F.J. VILLAR ROJAS: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, ed. Tecnos, 1993. Una política que enfatizó la privatización frente a la liberalización y la introducción de competencia.

La identificación del campo de intervención cubierto —derecho administrativo económico— y de la perspectiva o finalidad de la misma —liberalización— nos permite ya delimitar positivamente la regulación que nos interesa ahora en este trabajo, esto es la regulación que obedece a razones estrictamente económicas o dicho de otro modo, la intervención pública que persigue objetivos de eficiencia en la asignación de los factores de producción o la articulación de la eficiencia con objetivos de equidad. Por ello a veces se adjetiva esta regulación como económica (24), lo que permite enfatizar la naturaleza de las razones estrictamente sociales o la que guían esta intervención, dejando al margen razones sociales, medioambientales....

Por ello no nos parece pertinente equiparar regulación con intervención pública en la economía como a veces puede encontrarse en la literatura americana menos especializada. La ampliación en esta dirección convierte la noción en inutilizable para caracterizar las funciones del estado.

Si parece útil, por el contrario, el análisis que consiste en contraponer las nacionalizaciones europeas posteriores a la Segunda guerra mundial, a la regulación a la *americana*. Esta vía explorada por MAJONE (25) nos suministra algunas claves para identificar la regulación en el sentido que nosotros lo entendemos; permite evidenciar como la identidad de problemas —vinculados a las características de las inversiones de las infraestructuras en red— y las divergencias de soluciones políticas no han sido obstáculo para que simultáneamente se presenten fallos de similar naturaleza.

Por ello la regulación no debe considerarse como una alternativa al servicio público, pues operan en planos distintos. Obedecen a consideraciones de distinta índole, y sobre todo suponen una distinta manera de concebir el papel del estado, la estructuración de la vida colectiva y la significación del interés general; responde a una diferente intelejencia de los riesgos que la vida en sociedad supone y la función del estado en la protección de los derechos, en el establecimiento de los presupuestos necesarios, en la aseguración o garantía de la libertad. Como recuerdan HOLMES y SUNSTEIN, todos los derechos tienen un coste, la libertad depende de los impuestos (26). Por

(24) Vid. por ejemplo, la presentación de J. DE LA CRUZ FERRER: *La liberalización de los servicios públicos ...*, op. cit. p. 99.

(25) *La Communauté européenne: un état régulateur*, Paris, ed. Montchrestien, 1996

(26) Vid. la traducción en lengua italiana, *Il costo dei diritti, Perché la libertà dipende delle tasse*, Bologna, ed. Il Mulino, 2000.

ello si bien la regulación no es una alternativa al servicio público (27), no pueden ignorarse las ideas que alumbraron la teoría del servicio público (28).

En el sentido más estricto que aquí proponemos, la regulación —pública— está básicamente orientada a sustituir el papel del mercado (29) y los distintos agentes que en él operan —no sólo los consumidores entendidos como usuarios finales, sino también proveedores y futuros entrantes—; a sustituir el mercado en cuanto este no garantiza una eficiente asignación de recursos. Pero una intervención que parte de la no existencia del mercado —el monopolio— o de las deficiencias en el correcto funcionamiento del mismo —externalidades negativas, bienes públicos, asimetría informativa...— para obtener unos resultados equivalentes a los del mercado, o en todo caso en la misma dirección, *imitando el mercado* (30). La regulación es para y con el mercado. La regulación no es indiferente al mercado y toma muy en consideración las señales, la información que suministra el mercado —por ello las autoridades que desempeñan cometidos en este campo tienen determinadas características (31)—. Pero en la regulación el estado actúa como poder público, no como empresario, ejerce sus poderes de imperio, no sus derechos como propietario; por ello la sustitución o corrección del mercado se presenta de manera distinta que en el pasado europeo de las nacionalizaciones (unas nacionalizaciones muy limitadas en España durante el franquismo, pero unos monopolios privados muy presentes —revestidos de la veste de la titularidad del servicio público)—.

Ahora bien, es también cierto que la mayor parte de servicios ahora liberalizados y sobre todo desmonopolizados —puesto este es el rasgo principal— tenían en determinados sistemas jurídicos la consideración de servicios públicos o proveían *public utilities*, eran ventajosos o

(27) En contra de esta propuesta, la tesis que orienta los ensayos publicados conjuntamente de G. ARIÑO/J.M. DE LA CUETARA/J.L. MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *El nuevo servicio público*, op. cit.

(28) Analizadas en E. MALARET: «Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *R.A.P.*, 1998, 145.

(29) En esta misma dirección J. DE LA CRUZ FERRER: *Liberalización...*, op. cit., p. 99.

(30) Vid. en esta dirección S. CASSESE: «Regolazione e concorrenza» en G. TESAURO/M. D'ALBERTI: (dirs.) *Regolazione e concorrenza*, Bologna, ed. Il Mulino, 2000

(31) Me he ocupado de estas cuestiones en «Autoridades Independientes y Justicia Administrativa» en AAVV: *Justicia Administrativa. Libro Homenaje a el Profesor Entrena Cuesta*, Barcelona, ed. Atelier, 2003

proporcionaban utilidades para toda la sociedad. Consideraciones relativas a la satisfacción de necesidades colectivas o de interés general, se superponían a las razones de eficiencia que antes hemos enunciado. Necesidades que el mercado no satisfacía —y algunas ahora tampoco de manera regular y sobre todo de manera equitativa; esta consideración se traducía en la imposición de determinadas obligaciones destinadas a garantizar la prestación universal de determinados servicios, lo que se ha convenido en denominar *servicio universal*.

No nos interesa ahora desarrollar esta última perspectiva que nos alejaría del objeto de nuestro trabajo, pero esta finalidad al superponerse a la anterior y sobre todo al coincidir en los mismos sectores la necesidad de conciliar eficiencia y equidad y por lo tanto la pertinencia de encontrar un modo de intervención que tome en consideración los requerimientos de uno y otro tipo nos suministran algunas de las claves del éxito de la regulación.

Así, en este trabajo entendemos la regulación como expresión de un determinado tipo de intervención estatal caracterizada por su finalidad, introducir el mercado cuando este falla, falla por razones estructurales —teorías del monopolio natural, bienes públicos, externalidades negativas...— o por razones de oportunidad o dicho de otra manera por consideraciones vinculadas a los requerimientos propios de la democracia o del bienestar; esta última cuestión puede también expresarse como fallo por razones de equidad (32).

La regulación tiene cometidos específicos, no es equiparable al derecho de la competencia; si bien mantiene unas relaciones complejas. Una articulación en la que la regulación se presenta como la disciplina especial, sectorial; una disciplina específica para articular eficiencia y equidad, por el contrario el derecho de la competencia está normalmente orientado por razones de eficiencia.

Si consideramos fundamental enfatizar la relevancia de la finalidad en la caracterización de la regulación es porque entendemos que, por el contrario, el modo concreto de intervención no es significativo en nuestra perspectiva de análisis actual. La regulación como función o actividad (como también la policía o el servicio público (33)) puede instrumentarse mediante distintas formas —reglamentos, actos—, decisiones

(32) Vid, en relación a la televisión, E. MALARET: «Financiación e infraestructuras de las televisiones», *RVAP*, 2003, 65.

(33) En esta construcción nos apartamos de la posición mayoritaria en la doctrina española que, desde la tesis inicial de GARRIDO FALLA privilegia el modo de incidir sobre los particulares sobre la finalidad de la intervención.

de distinto contenido —autorizaciones, prohibiciones, órdenes...—, y alcance —singular o plural—.

La regulación supone la producción de normas —de carácter general o concreto— y no la realización de actividades materiales, o si éstas se producen son instrumentales a la toma de decisiones —como por ejemplo las inspecciones—.

La regulación entendida en sentido estricto puede ser un modo de hacer transitorio puesto que quizás una vez superada la fase de desmonopolización y de liberalización real y efectiva, terminado el período en el que deben adoptarse medidas destinadas a garantizar que puedan entrar nuevos operadores, quizás entonces el derecho de la competencia general y el derecho de los servicios públicos sean suficientes para preservar los bienes jurídicos en juego. Mientras los equilibrios entre el interés general y las empresas requieren una regulación.

En todo caso no puede desconocerse que las competencias de las autoridades de regulación disminuyen a medida que las actividades sujetas a su control se encuentran más sometidas a la competencia (34).

Pero si esta perspectiva era ampliamente compartida a finales de los años noventa, tras la implementación de las primeras fases de la liberalización de los servicios de telecomunicaciones, gas, electricidad y transportes, también hay que consignar que esta percepción está cambiando en la actualidad. La competencia dista de ser efectiva y la debilidad de las inversiones en las redes básicas, fuera de las zonas más rentables —o incluso en estas como ocurre con las interrupciones de suministro eléctrico— plantea serias dudas acerca del carácter universal de algunos servicios básicos. Pero esto atañe a otro orden de consideraciones.

Volviendo a la regulación, en el sentido más estricto propuesto y avanzando en la caracterización de este tipo de intervención estatal, dos precisiones complementarias.

En primer lugar, la regulación nace en un contexto de intervención pública sobre la empresa privada. Luego se trata de un tipo de intervención en el que los límites derivados del ejercicio de las libertades y derechos fundamentales ocupan un papel central —necesidad de fundamentación de la medida, principios de legalidad y proporcionalidad, control judicial—. De ello deriva una dinámica institucional radicalmente distinta de la que era propia de aquellas tradiciones de mono-

(34) Este es el criterio que ha guiado la última reforma europea de las Directivas de telecomunicaciones.

polio público. La administración propietaria imparte instrucciones a los responsables de una empresa pública (a los que puede cesar) sin necesidad de habilitación legal previa y sin límites (35). Por el contrario, la intervención del poder público en la actividad de una empresa privada debe respetar unos cauces y procedimientos, unos límites sustanciales y formales; esta intervención es por definición un poder limitado y sometido a controles.

Dado que los destinatarios de la regulación son empresas —privadas en el modelo americano de referencia, pero no necesariamente— que operan en el mercado y compiten con otras, el contenido de la regulación deberá también observar determinadas prescripciones y muy señaladamente el principio de igualdad que informa todo el derecho de la competencia. La competencia entre las partes requiere igualdad, y el estado debe garantizarla. Por ello, como señala RUBIO LLORENTE la igualdad se configura como elemento definitorio del contenido esencial de la libertad de empresa (36). Lo que no supone en ningún momento desconocer la dimensión subjetiva de la libertad de empresa (37). Significación de la igualdad que como bien sabemos supone la prohibición de toda discriminación sin causas objetivas y razonables (38); lo que correlativamente permite la existencia de decisiones públicas que traten de manera específica a aquellas empresas que se encuentran en una posición singular en el mercado, como notoriamente ocurre con los antiguos monopolios.

En segundo lugar, en coherencia con los postulados anteriores y como consecuencia de las críticas a los principios y métodos de la regulación tradicional (esto es la norteamericana previa a la presidencia Reagan), las reformas de la regulación suponen una reformulación de las medidas de ordenación de las actividades privadas destinadas a incre-

(35) Esta dinámica es la que precisamente intentó acotar en los años setenta el celebre Rapport NORA que reivindicaba el carácter de empresa de la empresa pública frente a una consideración muy en boga en aquella época que consistía en primar la perspectiva pública, lo que suponía una cuasi equiparación a las técnicas y principios aplicables a la Administración burocrática; vid un elogio a este Informe en G. ARIÑO: «La empresa pública», en AAVV: *El modelo económico y la Constitución española*, Madrid, ed. IEE, 1981.

(36) «La libertad de empresa en la Constitución», en E. BORRAJO (dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993.

(37) Sobre esta perspectiva, E. MALARET: *Régimen jurídico-administrativo...*, op. cit. p. 112.

(38) Sobre libertad de empresa y principio de igualdad, vid. por todo los distintos trabajos publicados ahora en M. TROPER (dir.): *Intervention économique et pouvoir local en Europe*, Paris, ed. Economica, 2000.

mentar la transparencia (39) y la seguridad de los operadores en el mercado. Unos postulados que están en la base de todas las aproximaciones de la OCDE en este campo (40).

Una transparencia que en los primeros momentos de la regulación ya fue considerada en si misma un valor tan significativo que por ella misma se consideraba una medida regulatoria. La *sunshine regulation* consistía precisamente en sacar a la luz pública las razones y las conductas de los empresarios y las consecuencias que ello tenía para los usuarios y las finanzas públicas, publicidad de unos datos sobre la base de investigaciones y análisis serios y rigurosos (41); el poder fundamental del regulador era el de hacer públicos unos datos para que luego los consumidores, los ciudadanos sacasen las consecuencias y actuarasen de manera informada y responsable (42). Las aportaciones de la ciencia económica (STIGLITZ, entre otros) sobre la problemática de la asimetría informativa recoge parte de estas enseñanzas.

En conclusión **la nota distintiva de la regulación es que opera sobre empresas en un entorno concurrencial**; empresas generalmente privadas, pero no necesariamente puesto que también cabe que sean de titularidad pública (43), siempre y cuando estas últimas estén sometidas al principio de paridad de trato. En esta perspectiva de análisis de los cometidos públicos, el régimen de propiedad es indiferente; esta regla fue sancionada desde los momentos iniciales en el Tratado de Roma —en el antiguo art. 222 del TCE— (44).

(39) Vid G. A. BERMAN: «Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un'analisi comparativa», en G. TESAURO (M. D'ALBERTI (ed.): *Regolazione e concorrenza*, o.cit, p. 33.

(40) Vid. OCDE *Report on regulatory Reform*, Paris, 1977.

(41) Vid. una presentación del conocido modelo Adams puesto en práctica por el consejo de comisarios de ferrocarriles de Massachussets en el último cuarto del siglo XIX en C. HENRY: *Concurrente et services publics dans l'Union européenne*, Paris, ed. PUF, 1997, p. 203-205.

(42) El modelo sueco parte de unas premisas muy similares, vid. una presentación muy sintética en C. HENRY: *Concurrence...*, op.cit,

(43) Utilizamos la noción comunitaria de empresa pública que toma en consideración elementos materiales y no sólo formales, tal y como se infiere de la directiva de 25 de enero de 1980 (modificada posteriormente, pero en la línea de reafirmación de los criterios materiales) relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas

(44) Por ello y puesto que este ha sido un principio originario y comúnmente aceptado, causa una cierta sorpresa la lectura de las Conclusiones del Abogado general Ruiz-Jarabo de 6 de febrero 2003, en relación al caso «Acciones y facultades específicas del estado en relación a empresas estratégicas privatizadas», su posición no fue luego seguida por el TJCE (como era previsible atendiendo a la jurisprudencia anterior), Sentencia de 13 de mayo 2003.

Y como hemos indicado puesto que esta función estatal discurre en este ámbito los condicionamientos sustanciales y formales inherentes al Estado social y democrático de derecho desarrollan toda su virtualidad.

II. LA SEGURIDAD —JURÍDICA— COMPONENTE ESENCIAL DE LA LIBERTAD ECONÓMICA DE LOS MODERNOS (45) UN PRINCIPIO DE CERTEZA DEL DERECHO ESPECIALMENTE RELEVANTE EN UN CONTEXTO DE ESTADO REGULADOR (46)

CERRONI, empieza su ensayo, *La libertad de los modernos* (47), señalando que *parece perfectamente evidente que el rasgo constitutivo de la libertad moderna es su carácter jurídico* y más adelante añade, *no sólo la libertad moderna se plantea como libertad jurídica, sino que el mismo estado en cuanto articulado en cámaras de representantes se plantea como estado jurídico.*

Esta misma idea es también enfatizada por GARCIA DE ENTERRIA en un ensayo que lleva un título muy expresivo de su objetivo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (48). Este texto constituye un punto de referencia obligado en nuestro trabajo porque plantea con carácter general las mismas cuestiones que nosotros ahora analizamos desde la perspectiva más concreta de un tipo de función del estado, la regulación; por ello algunas referencias a autores clásicos corren parejas.

Esta es una idea esencial cuando nos interesa ahora aproximarnos a la significación de la seguridad para la riqueza de las naciones. Si en lugar de parafrasear a un ilustrado escocés (A. SMITH (49)) atendemos a lo que el Gobierno señala como objetivo de la política económica en

(45) No podemos obviar la referencia evocada en el enunciado al bien conocido ensayo de B. CONSTANT, *De la liberté des modernes comparée avec celle des anciens* (1819), hay una edición reciente, Paris, 1980. Con ello pretendemos enfatizar la centralidad de la seguridad jurídica en el primer liberalismo.

(46) Que como hemos visto no supone el repliegue a un Estado sólo garante del orden público.

(47) Barcelona, ed. Martínez Roca, 1968 (traducción en lengua castellana).

(48) Madrid, ed. Civitas, 1999.

(49) Que valoraba sumamente la función del estado en aras a este cometido, vid, *Riqueza de las naciones*, especialmente en el Libro III, la edición manejada en lengua castellana es la de Tallada en la reimpresión de 1966 por ed. Bosch.

la Exposición de motivos de algún Decreto-Ley reciente entenderemos la citada referencia. En efecto, *el principal objetivo de la política económica del Gobierno es lograr un ritmo de crecimiento económico sostenible para ello es imprescindible el establecimiento de un régimen de liberalización adecuado* (50).

Si consideramos que esta afirmación no es puramente retórica (aunque cabe esta consideración dada la vaguedad de la misma y su falta de concreción suficiente para justificar el recurso a un decreto-ley (50bis)) deberemos preguntarnos cuál sea el valor de los postulados de seguridad jurídica inscritos en la tradición liberal y sancionados por la Constitución de 1978 (art. 9.3).

En el modelo ideal de referencia de los autores de inicios del XIX, la ley se configura como base y fundamento de la libertad. Sin leyes no hay seguridad (51), pero la referencia a la ley debe entenderse en su acepción formal, como producto de Parlamento. Seguridad jurídica y monopolio legislativo en la creación del derecho configuran los pilares sobre los que se asienta una determinada manera de concebir el Derecho. Pero la ley para cumplir su función, para servir al funcionamiento ordenado de una sociedad, donde la predictibilidad de las conductas esté asegurada (52), debe reunir determinadas condiciones: debe presentarse de forma escrita —y mejor *si las que conciernen a todos los individuos estuviesen reunidas en un solo volumen, si el código fuera universalmente conocido*—, y también *sería necesario que el estilo de las leyes fuese tan sencillo como sus disposiciones, que se usase en ellas ordinariamente de la lengua común, con un estilo de mayor claridad, en su mayor precisión, pues está destinada a todos los entendimientos* (53).

Es cierto que este modelo ideal es indisociable de una representación de estado mínimo, —de ahí, *las precauciones con las que se debe innovar* (54), *menos el legislador tendrá ocasión de intervenir, menos tendrá oca-*

(50) R.D-L 2/2001 de 2 de febrero que reproduce en parte el R.D-L 6/2000, de 23 de junio.

(50bis) Nótese que G. FERNÁNDEZ FARRERES ya cuestionaba el recurso a la figura del Decreto-Ley para desarrollar políticas de liberalización sustantivas, vid. A.A.V.V.: *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*, Madrid, civitas, 1996.

(51) J. BENTHAM: *Tratados de Legislación civil y penal*, Madrid, editora nacional, 1981, p. 116

(52) Esta idea de predictibilidad es especialmente enfatizada por GARCIA DE ENTERRIA, op. cit. p. 35

(53) De nuevo BENTHAM, op. cit. p. 154

(54) BENTHAM, op.cit

sión de equivocarse (55)— y en su formulación absoluta ha estado lejos de la realidad (56). La legislación motorizada ha hecho perder a la ley no solamente su naturaleza general (57) y abstracta, sino también su antigua vocación de estabilidad y permanencia (58). El tiempo de la actividad pública se acelera (59) en respuesta a la demanda de aceleración que reclaman los ciudadanos.

Pero también es cierto que la posición central de la Ley y la construcción del principio de legalidad encuentran en el postulado de la racionalidad y la predictibilidad de la acción estatal uno de sus fundamentos más sólidos. La Constitución de 1978 se inscribe directamente en esta tradición, sancionando la centralidad del Parlamento y la primacía de la Ley, reforzando mediante la creación del Tribunal Constitucional la idea de sistema que animó el movimiento codificador. Una sistematicidad del ordenamiento que sólo puede ser formal, no material o de coherencia (60).

Como se infiere del enunciado de este epígrafe no nos interesa examinar todo el elenco de condicionamientos formales y sustanciales que condicionan la función pública de regulación. Entendemos que no cabe más que operar una remisión en bloque a la protección constitucional de la libertad de empresa y recordar cómo toda limitación (61) deberá respetar el estándar constitucional que disciplina dicha operación y muy señaladamente el principio de proporcionalidad —en sentido amplio— (62).

Esto es, no se trata de examinar ahora el estatus constitucional de la libertad de empresa, sino de analizar otros condicionamientos que la han acompañado históricamente Requerimientos inherentes al princi-

(55) B. CONSTANT, citado por C-A. MORAND: *Le droit...* op.cit, p. 41

(56) C-A. MORAND: *Le droit...* op.cit

(57) Sobre el dogma de la generalidad de la ley en el contexto de una Constitución normativa, J.A. MORILLA MARTOS: *Las Leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994, p. 48 y ss.

(58) L.M^a DIEZ PICAZO: *La derogación...* op. cit. p. 36

(59) J. CHEVALLIER: «L'accélération de l'action administrative», en P. GERARD/F.OST/M. VAN DER KERCHOVE : *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, F.Saint-Louis, 2002, p. 489 y ss.

(60) L.M^a DIEZ PICAZO: *La derogación...* op. cit. p. 72.

(61) Utilizamos este concepto en sentido amplio, comprensiva también de la operación previa de delimitación del contenido del derecho, no es una terminología pacífica, vid. por todos, J. JIMENEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, ed. Trotta, 1999.

(62) Vid. especialmente sobre esta problemática, J. BARNÉS: El principio de proporcionalidad, *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, 5; J.M^o RODRIGUEZ SANTIAGO: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*; Madrid. Ed. Marcial Pons.

pio de Estado de Derecho, en tanto en cuanto este principio constituye un principio director autónomo, con un valor subsidiario —de cierre del sistema— (63), pero en todo caso un principio de rango constitucional, esto es, se impone al legislador. Principio que supone una limitación del poder de legislar en un primer momento y una limitación a la función de regulación, en un segundo momento.

Intervención del legislador tanto más necesaria cuanto que en palabras del propio TC, «*el mantenimiento del mercado y la garantía que la competencia supone para la libertad de empresa, impone precisamente la intervención de los poderes públicos en la actividad económica de los particulares*» (STC 88/1986) (64).

No es pues ésta la óptica que nos interesa ahora reseñar, sino una cuestión un poco distinta derivada precisamente de la consideración precedente y de la noción de regulación con la que trabajamos. La Constitución no es neutral en relación a la economía, ni lo es ahora ni lo fue en el pasado (65). Las constituciones liberales sólo contenían disposiciones sobre la propiedad privada y la libertad económica, pero ello obedecía a otro orden de consideraciones, respondía a la concepción de la intervención estatal, muy orientada a la garantía del orden público (66), y de la política económica de la época el papel del Estado era limitado.

Algunas de estas ideas reaparecen ahora con la reconfiguración de las tareas públicas de la mano de la idea de regulación. Si bien el devenir social —la ampliación del voto— ha incorporado la garantía del bienestar y la seguridad frente a los riesgos sociales como tarea colectiva (67). Por ello la garantía de la equidad constituye en la actualidad también una finalidad de la regulación como hemos visto en el apartado anterior.

(63) K.P. SOMMERMANN: «Normativité», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2001, XVII y C.A. MORAND: *Le droit néo-moderne...* op. cit.

(64) Sobre la relación entre libertad de empresa y competencia, E. MALARET: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, ed. Civitas, 1991, p. 104 y ss.

(65) Vid. especialmente M. BASSOLS COMA: *Constitución y sistema económico*, Madrid, ed. Tecnos, 1988 (2ª ed.); E. MALARET: *Régimen jurídico-administrativo...* op. cit. y más recientemente J. BAQUERO CRUZ: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional de la Comunidad Europea*, Madrid, ed. Civitas, 2002.

(66) Vid. E. MALARET: Prólogo del libro de M. MARSAL: *Pobreza y beneficencia pública en el siglo XIX español*, Valladolid, ed. Lex Nova, 2002.

(67) E. MALARET: «Administración Pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar», en AAVV: *Los servicios sociales de atención a la tercera edad*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 264 y ss.

Si partimos de que el estado regulador supone una reconsideración de las tareas públicas y un repliegue a funciones de carácter ordenador y no prestador, de emanación de normas jurídicas —generales o individuales— y no de gestión, entonces esta actividad de conformación del ejercicio de derechos —puesto que la empresa pública pierde sustantividad desde esta perspectiva— deberá tomar en consideración la libertad de los modernos (68), el derecho de no estar sometido más que a las leyes y las concretas garantías en que este se traduce. Señaladamente el principio de legalidad.

Obviamente no se trata de retomar la construcción tradicional ahora, sino de enfatizar algunos aspectos de singular relevancia desde la perspectiva del sistema de fuentes de la regulación. Y en este contexto de regulación, esto es de un determinado tipo de intervención pública en la economía cobran especial significación todas aquellas consideraciones relativas a la previsibilidad, a la cognoscibilidad a la estabilidad necesaria para el desarrollo de las actividades económicas. La certeza es una condición fundamental para asegurar el correcto funcionamiento del mercado, es un factor de reducción de riesgos.

Y puesto que la Constitución no es neutral, la defensa de la competencia, el control del poder económico privado y la garantía de los derechos propios del Estado social suponen una visión renovada de la intervención estatal —la emergencia del Estado regulador— en relación a la cual deberemos examinar si se producen algunos cambios en la estructura y contenido del Derecho. Así pretendemos examinar el tipo de producto normativo privilegiado en esta tarea, los Decretos-Leyes y las leyes de acompañamiento quizás ello nos permite ver algunas de las luces y sombras del actual proceso de liberalización e introducción de competencia.

Pero antes deberemos ver si junto al principio de libertad de empresa existen otros valores, otras reglas que condicionan la tarea de regulación. Para ello parece oportuno detenerse en el principio de seguridad jurídica.

Seguridad jurídica entendida, en palabras de TOMÁS Y VALIENTE como aquella pretensión que la burguesía revolucionaria repetía con insistencia y que consistía en saber a que atenerse respecto al Derecho: claridad, inalterabilidad del mismo, ausencia de arbitrariedad, sencillez del ordenamiento

(68) Parfraseando a B. CONSTANT en su texto, *De la liberté des modernes comparé avec celle des anciens* (1819).

(69) *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, ed. Tecnos, 1980 (2ª ed. que manejamos), p. 424

(69). Y esta finalidad (la claridad, el orden) se persigue muy en especial por medio de la forma (70), la era de la codificación supondrá la eclosión de estas ideas. Ley escrita y código culminarán el proceso de racionalización jurídica.

Por ello BENTHAM fue un gran defensor de la codificación (71) en un contexto como el británico que se mantuvo ajeno. Si bien las exigencias de certeza y previsibilidad han desplegado en el sistema británico su potencialidad por otras vías; frente a la codificación —y el modelo de la regla general que permite luego una deducción mecánica de la solución aplicable al caso particular—, el casuismo —y el modelo de la regla concreta—, la determinación precisa y minuciosa, cuanto no detallista del contenido de las leyes, los contratos, los estatutos societarios.

En efecto, la significación de la seguridad jurídica para el correcto desarrollo de la actividad económica constituye una idea muy presente en el utilitarismo inglés. Si en un primer momento, la garantía de la seguridad como función propia del estado centró parte de las preocupaciones de los reformistas ilustrados —A. SMITH—, en un momento posterior la idea de gobierno o limitado y la soberanía parlamentaria y consiguiente primacía de la ley desplazarían el centro de atención.

No se trata de volver a esta imagen, como bien sabemos la realidad no siempre se corresponde con la representación que de ella se realiza mediante la construcción de los modelos. Pero los postulados del Estado de Derecho no pueden tampoco ser apartados. La búsqueda de nuevos equilibrios se impone. Quizás en este contexto sea útil recordar como el desarrollo de la potestad normativa secundaria de los Gobiernos ha ido en paralelo a la búsqueda de nuevas formas de legitimación de carácter procedimental.

Siguiendo a PÉREZ LUÑO, podemos distinguir dos acepciones de la seguridad jurídica: a) como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones y b) como exigencia de certeza del derecho, para ello se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios, saber de antemano y con claridad para poder organizar las conductas (72).

La primera perspectiva permite estructurar el sistema de fuentes y la competencia de los distintos órganos, atiende al conjunto de consideraciones que configuran el contenido del principio de legalidad —en

(70) Op. cit. p. 501

(71) Como recuerda TOMAS Y VALIENTE op. cit.

(72) *La seguridad jurídica*, Barcelona, ed. Ariel, p. 21-22.

sentido estricto (73)— y en este orden la institución constitucional de la reserva de ley cobra toda su significación.

Por el contrario la segunda perspectiva alude a cuestiones de contenido y enfatiza las exigencias de cognoscibilidad y transparencia de las normas que integran el sistema jurídico y de claridad y previsibilidad de sus disposiciones.

La seguridad jurídica entendida en el plano de la exigencia de certeza y conocimiento de la legalidad remite directamente a la regla de la publicidad de las normas. Norma también sancionada constitucionalmente en el art. 9.3 con un conjunto de principios generales del derecho cuya afirmación constitucional parece reforzar la primacía de la Constitución frente al legislador. Pero, hay que recordar la peculiar textura de estas normas puesto que en este dato estriba la dificultad, cuando no la imposibilidad de que por ellos mismos supongan un parámetro suficiente para fundar la inconstitucionalidad de una ley.

Exigencia de inteligibilidad y de accesibilidad de la regla jurídica que en tanto valores constitucionales constituyen según el Consejo Constitucional francés el fundamento de la nueva operación de codificación (74) emprendida desde hace ya un tiempo (75).

Como ha señalado el TC, la seguridad jurídica es certidumbre del ordenamiento y de las normas que forman parte de él (76). En definitiva la seguridad jurídica *es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, y retroactividad de la no favorable, e interdicción de la arbitrariedad, pero si se agotara en la adición de estos principios no hubiera precisado ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de principios equilibrada de tal suerte que permite promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad* (77).

En efecto, esta vinculación entre principio de legalidad y seguridad jurídica es fundamental en la estructura de valores constitucionales

(73) Vid. sobre las distintas acepciones una presentación sistemática en J. TORNOS: «El principio de legalidad en la doctrina jurídica española», *Diritto pubblico*.

(74) Decisión nº 99-421, de 16 de diciembre de 1995, 1.

(75) Vid. por todos una referencia en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad*..., op. cit. p. 63 y ss. Los resultados de la misma pueden ser fácilmente consultados en el servicio público electrónico de acceso al Derecho, *legifrance*

(76) STC 21 de mayo de 1984, Autos de 27 de abril 1983 y 27 de octubre de 1983. Si bien hay que señalar que la jurisprudencia constitucional ha tenido que abordar supuestos de innovaciones legislativas que modificaban derechos.

(77) STC 20 de julio de 1981 y más tarde, STC 108/1986; 99/1987, 227/1988; para la jurisprudencia del TC vid. por todos, A SERRANO TRIANA: «La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional», en AAVV: *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, p. 1242

(78). Por ello PÉREZ LUÑO afirma que *la seguridad jurídica es el presupuesto del Estado de Derecho, pero no cualquier legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales* (79). Posteriormente retomaremos esta argumentación y la desarrollaremos.

El tránsito del Estado liberal al Estado social supuso la ampliación de la esfera de seguridad responsabilidad del estado. Ya no era sólo la libertad personal que debiera ser garantizada como en los postulados Ilustrados, sino la seguridad frente a los riesgos sociales. La incorporación del principio democrático supondrá un paso más al colocar la garantía de los derechos fundamentales en el corazón de las tareas estatales. La vertiente objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales dota de nueva legitimidad al estado y redimensiona sus funciones (80).

Y efectivamente para que esta afirmación no se quede en un juego de palabras en torno al contenido del art. 9.3 CE deberemos tomar en consideración un campo en el que este principio ha desplegado toda su operatividad práctica: el sistema de fuentes (81).

III. ¿CRISIS Y TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU ACEPCIÓN DE PRIMACÍA DE LA LEY EMANADA DEL PARLAMENTO?

Algunas premisas metodológicas para contextualizar la cuestión enunciada. Por un lado, recordatorio de la supremacía de la Constitución y consecuente quiebra del dogma de la soberanía del Parlamento, lo que supuso ya una transformación radical del principio de legalidad en la construcción propia de la tradición francesa o británica. Por otro, la sanción constitucional de la primacía del legislador supone que no existan por principio materias ajenas a la ley, de modo que cualquier re-

(78) El énfasis en los valores constitucionales, en L. PAREJO: «Los valores en la jurisprudencia del tribunal Constitucional», en AAVV: *Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, op. cit.*

(79) Op.cit. p. 28

(80) La referencia a R. ALEXY es obligada, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción en lengua castellana), Madrid, CEC1993

(81) Campo en el que desarrolla también su operatividad en otros órdenes jurídicos, vid, conclusiones de J.C. DUCHON-DORIS: «La portée des lois de validation en matière fiscales au regard du principe communautaire de sécurité juridique et de la Convention des droits de l'homme», *RFDA*, 2001, 17 (2).

glamento es tendencialmente ejecutivo de una ley (82) (cuestión distinta es la que deriva de la técnica de la reserva de ley (83)); en todo caso la relación ley-reglamento no constituye el campo de nuestro trabajo ahora (84). Y finalmente, la sanción constitucional del principio de control jurisdiccional de la Administración pública (arts 106 y 23 CE) suponen un marco obligado para el análisis de la relación existente entre la estructura de las normas y la discrecionalidad administrativa (85); esta cuestión no es ahora objeto de análisis pero no puede desconocerse.

Por ello lo que pretendemos es suscitar un debate, poner en evidencia lo que se nos antoja como **una paradoja en el actual sistema de fuentes de la regulación**. Esto es, ver la adecuación a los postulados de la **liberalización económica** (reiteradamente enunciados en los preámbulos de los distintos decretos-leyes) y la estimulación de la competencia de una política que ha encontrado en los **decretos-leyes y las leyes de acompañamiento su instrumentación privilegiada**.

La estabilidad que se predica del crecimiento económico parece casar mal con la idea de medida que acompaña el tipo de disposición normativa enunciado.

Primero, una cuantificación que permite visualizar el problema abordado y su significación práctica. Javier SALAS en sus trabajos sobre Decretos-leyes se preocupó de suministrar evidencia empírica en el planteamiento de los problemas (86)

Unos datos agregados sobre la tipología de los instrumentos normativos en tres sectores especialmente significativos: telecomunicaciones, electricidad y transportes terretres (los otros adolecen de una disciplina sistemática. (87).

(82) La caracterización como tendencial en L.M^a DIEZ PICAZO: *La derogación...*, op. cit. p. 93.

(83) Vid. muy especialmente la construcción de I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987

(84) Vid. una acertada contextualización de los cambios en el papel de la ley vinculados a las transformaciones de las tareas estatales en L. PAREJO ALFONSO: *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid, CEC, 1991

(85) Vid. por orden cronológico, E. MALARET: *Régimen jurídico-administrativo...*, op. cit. p. 90 y ss; M. BACIGALUPO: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997; C.D. CIPRIANO VELA: *Administración Económica y Discrecionalidad (Un Análisis normativo y jurisprudencial)*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 160 y ss

(86) «Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», *RAP*, 1966, 147-148, p. 42-43 y años más tarde, «Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en AAVV: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje...* op.cit. p. 269.

(87) La cuantificación, la elaboración de los cuadros y gráficos es obra de Ramón GALINDO.

Modificaciones legislativas en los sectores de telecomunicaciones, electricidad y transportes			
Leyes básicas	Leyes	Leyes de acompañamiento	Decretos-leyes
Ley 11/1998, de 24 abril. TELECOMUNICACIÓN. Ley General de Telecomunicaciones	2	4	1
Ley 54/1997, de 27 noviembre. ELECTRICIDAD. Regulación del sector eléctrico.....	4	4	2
Ley 16/1987, de 30 julio TRANSPORTES TERRESTRES. Ordenación	2	5	2

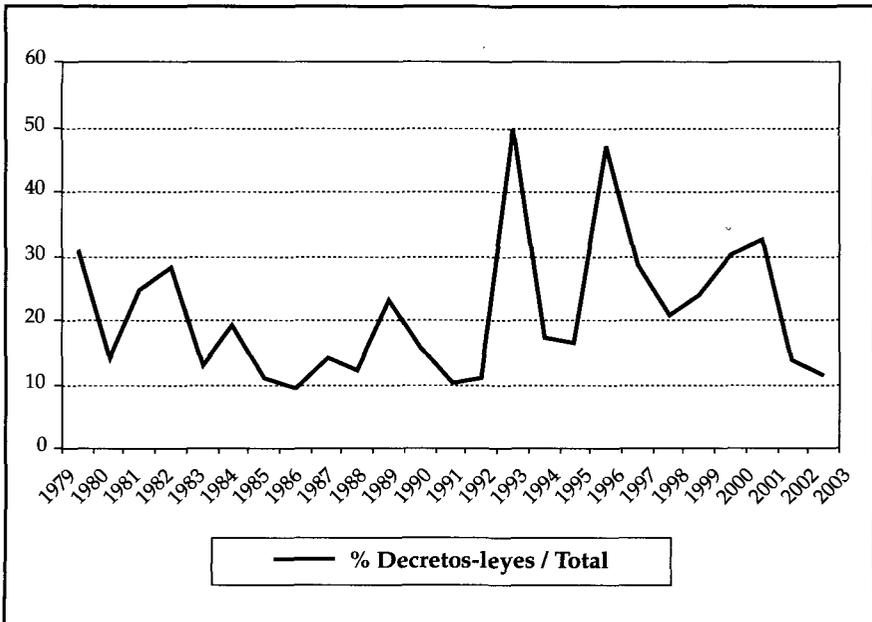
* Se incluyen únicamente modificaciones de las leyes básicas, descartando modificaciones de otras leyes reguladoras de estos tres sectores, ya que los datos pretenden ser orientativos.

Para calibrar la importancia de los decretos-leyes objeto de nuestra atención puede ser útil ver un cuadro completo (88):

Años	Decretos-leyes	Leyes	Total	% Decretos-leyes/total
1979	22	49	71	30,99
1980	16	96	112	14,29
1981	19	58	77	24,68
1982	26	66	92	28,26
1983	9	60	69	13,04
1984	15	63	78	19,23
1985	8	65	73	10,96
1986	3	29	32	9,38
1987	7	43	50	14,00
1988	7	51	58	12,07
1989	7	23	30	23,33
1979-1989	132	580	712	18,54
Media anual	13,2	58		

(88) Por cierto, el número de Decretos-leyes que tienen por objeto suministrar respuestas ante inundaciones y temporales evidencia la ausencia de una disposición de carácter general en este campo.

Años	Decretos-leyes	Leyes	Total	% Decretos-leyes/total
1990	6	32	38	15,79
1991	5	44	49	10,20
1992	6	49	55	10,90
1993	22	22	44	50,00
1994	13	63	76	17,10
1995	12	60	72	16,66
1996	17	19	36	47,22
1997	29	72	101	28,71
1998	16	61	77	20,78
1999	22	70	92	23,91
2000	10	23	33	30,30
2001	16	33	49	32,65
2002	10	63	73	13,70
2003	5	39	44	11,36
1979-2003	328	1.253,00	1.581	
Media anual	13,12	50,12	63,24	28,18



	Gobierno	Decretos	Decretos Legislativos	Decretos- Ley	Ley Orgánica	Ley
Legislatura 1989-1993	PSOE mayoría. absoluta	1.318	6	26	24	98
Legislatura 1993-1996	PSOE minoría	1.424	5	39	38	146
Legislatura 1996-2000	PP minoría	1.704	2	65	40	156
Legislatura 1996-2000 (3/10/1999)	PP minoría (3 primeros años)	1.467	1	59	34	130
Legislatura 2000-2004	PP mayoría absoluta	1.228	7	36	32	121

Este último cuadro es especialmente significativo, nos suministra claves interpretativas del gráfico anterior y nos permite cuestionar algunas hipótesis tradicionalmente manejadas. En efecto, puesto que la literatura especializada acostumbra a relacionar la existencia de gobiernos en minoría con el incremento del recurso a una técnica que supone básicamente alterar el procedimiento de elaboración de las normas, disminuyendo notablemente la capacidad de influencia del parlamento.

Después, datos sobre el contenido de las denominadas leyes de *acompañamiento* que se presentan explícitamente como *leyes de medidas* (89) sobre distintas cuestiones de orden diverso, de ahí la expresión generalizada de leyes *omnibus*:

	Ley	Denominación	Artículos	*	**	***	Total
1993	22/1993 de 29 dic. (2)	Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo	43	19	4	2	68
1994	42/1994, de 30 dic.	Medidas fiscales, administrativas y de orden social	81	33	14	8	136

(89) E. GARCÍA DE ENTERRÍA ya destacó en su momento esta circunstancia, *Justicia y seguridad...*, op. cit. p.50

	Ley	Denominación	Artículos	*	**	***	Total
1995	Presupuesto rechazado						
1996	13/1996, de 30 dic.	Medidas fiscales, administrativas y del orden social	178	24	12	9	223
1997	66/1997, de 30 dic.	Medidas fiscales, administrativas y del orden social	122	57	22	7	208
1998	50/1998, de 30 dic.	Medidas fiscales, administrativas y del orden social	111	44	17	6	178
1999	55/1999, de 29 dic.	Medidas fiscales, administrativas y del orden social	81	35	12	2	130
2000	14/2000, de 29 dic.	Medidas fiscales, administrativas y del orden social	86	39	9	2	136
2001	24/2001, de 27 dic.	Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social	116	32	21	3	171
2002	53/2002, de 30 dic.	Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social	126	30	8	9	173

* Disposiciones adicionales. ** Disposiciones trasitorias. *** Disposiciones finales. Una parte relevante de estas disposiciones son fruto de enmiendas del partido en el Gobierno.

Finalmente, puede resultar útil atender a los principales sectores objeto de las políticas regulatorias —por razones de espacio exponemos sólo los datos relativos a telecomunicaciones, que son suficientemente elocuentes por ellos solos— y ver de este modo la estabilidad del marco legal.

Partiendo de la consideración de su norma de cabecera, Ley 11/1998, de 24 abril, General de Telecomunicaciones (anunciada por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 junio de Liberalización de las telecomunicaciones —que creó la CMT— posteriormente derogado, Ley 12/1997, de 24 abril), veamos las disposiciones que la han modificado o completado (89bis):

(89bis) En el proceso de corrección de pruebas se publica una nueva Ley General de Telecomunicaciones

Ley 11/1998, de 24 abril - disp. adic. 8ª: modifica art. 1. siete.2.b) - disp. derog.única: deroga disp. transit. 2ª - disp. derog. única: deroga art. 2 - disp. derog. única: deroga art. 3.

Ley 50/1998, de 30 diciembre - art. 9: modifica art. 73.4 - art. 94. Catorce: modifica disp. transit. 4ª párr. 1º inciso 1º - art. 94. Cinco: modifica art. 34.1 párr. 4º - art. 94. Cuatro: modifica art. 33 párr. 1º últ. inciso - art. 94. Diez: modifica art. 82.1 B inciso 1º - art. 94. Doce: modifica disp. adic. 3ª.2 A) - art. 94. Dos: modifica art. 17.1 párr. 2º - art. 94. Dos: modifica art. 17.1 párr. 3º - art. 94. Nueve: modifica art. 82.1 A inciso 1º - art. 94. Ocho: modifica art. 63.3 - art. 94. Once: renumera art. 82.2 párr. 2º pasa ser 82.3 - art. 94. Once: renumera art. 82.3 pasa a ser 82.4 - art. 94. Once: renumera art. 82.4 pasa a ser art. 82.5 - art. 94. Seis: modifica rúbrica art. 60 - art. 94. Siete: modifica art. 62 párr. 5º inciso 1º - art. 94. Trece: modifica disp. transit. 1ª.5 d) párr. 2º - art. 94. Tres: modifica art. 22.2 párr. 1º - art. 94. Uno: modifica rúbrica art. 11 **Ley de Acompañamiento**.

Ley 48/1998, de 30 diciembre - disp. adic. 5ª: modifica art. 26, párr. 2.

Real Decreto-Ley 16/1999, de 15 octubre, Adopta medidas urgentes para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones .

Ley 52/1999, de 28 diciembre - disp. adic. 1ª: modifica art. 1 dos.2 f) - disp. adic.2ª: modifica art. 1 dos.2 g).

Ley 55/1999, de 29 diciembre - art. 66: modifica disp. derog. Única **Ley de Acompañamiento**.

Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 junio, Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones; art. 1: añade disp. adic.12ª - art. 3: añade art. 22.7 párr.

Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 junio - Ley 14/2000, de 29 diciembre - art. 14: modifica art. 73 - art. 15. Cinco: añade art. 74.4 g) y 74.4 h) - art. 15. Cuatro: modifica art. 74.4 a) - art. 15. Dos: modifica art. 74.2 - art. 15. Uno: modifica art. 74.1 - art. 15. Tres: modifica art. 74.3 - art. 55: modifica disp. adic. 6ª - art. 56: modifica art. 70 - art. 66: modifica art.35.2 - art. 80. Cinco: modifica art. 57 - art. 80. Cuatro: modifica art. 56 - art. 80. Dos: modifica art. 25 - art. 80. Seis: modifica art. 59 - art. 80. Siete: modifica art. 60 último inciso párr. 1º - art. 80. Tres: modifica art. 55 - art.80.Uno: modifica art. 21.1 - disp. adic. 11ª: aplica art. 73 **Ley de Acompañamiento**.

Ley 13/2000, de 28 diciembre - art. 66: desarrolla art. 73 - art. 66.4: desarrolla art. 73.4 **Ley de Presupuestos.**

Ley 24/2001, de 27 diciembre art. 14. Dos: modifica art. 73.5 - art.14. Tres: modifica disp. adic. 6^a.10 y 6^a.11 - art. 14. Uno: modifica art. 73.2 - art. 86. Dos: modifica art. 54.3 - art. 86. Tres: añade disp. adic. 13^a - art. 86. Uno: modifica art. 11.2 párr. 1 **Ley de Acompañamiento.**

Ley 23/2001, de 27 diciembre - art. 68.1: desarrolla art. 73 **Ley de Presupuestos.**

Ley 34/2002, de 11 julio Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico - disp. final 1^a: modifica art. 37.1a) - disp. final 2^a: modifica disp. adic. 6^a.10 - disp. final 3^a: añade disp. transit. 12^a - disp. final 4^a: modifica disp. derog. única, párr. último

Ley 53/2002, de 30 diciembre art. 107: modifica art. 1.2.2 l) **Ley de Acompañamiento.**

La fuerza de los datos habla por si misma. Puede observarse como año tras año la denominada Ley de *acompañamiento* modifica, en mayor o menor medida, la ley calificada como General. Siendo de destacar el año 1998 ya que se da la paradoja de aunar en un mismo año la promulgación de la ley general y reunir el número mayor de cambios. Si a esto se acompaña la frecuencia de uso de la técnica del decreto-ley (incluso para implementar medidas de gran complejidad técnica como la apertura del bucle local (90)) quizás podamos caracterizar el diseño del marco legal con las notas de improvisación y vacilación. Tanto más sorprendente que se trata de un marco que se quiere general (91) —puesto que así se denomina la ley— y que tiene la ambición de suministrar estabilidad para así incentivar cuantiosas inversiones en un sector estratégico para el desarrollo de la economía basada en el conocimiento.

Llegados a este momento no parece pertinente retomar todas las consideraciones que la literatura más avanzada ya ha realizado en

(90) Este es un ejemplo tanto más significativo cuanto que en países de nuestro entorno ha sido objeto de disposiciones habilitadores de una fase de experimentación a efectos de calibrar mejor las ventajas e inconvenientes de los distintos modelos posibles., vid. www.ART.fr.

(91) Como señala DÍEZ PICAZO, la generalidad y especialidad no son rasgos esenciales y absolutos de las normas, son graduaciones de su ámbito, vid. *La derogación...*, op.cit, p. 345.

torno al sistema de fuentes que se deriva de la Constitución. Si bien, cabe señalar que así como el decreto-ley ha sido ya objeto de una tarea de desbroce y delimitación por parte del Tribunal Constitucional en diálogo fructífero con la doctrina, resultado del cual es una cierta *normalización* de este tipo normativo, no ocurre lo mismo con la figura de las *leyes de acompañamiento*. A pesar del tiempo discurrido —desde la que acompañaba los presupuestos para el año 1994— los recursos de inconstitucionalidad presentados por diversos grupos parlamentarios, la amplitud de las críticas doctrinales y de instancias consultivas de composición plural como el Consejo Económico y Social (92), no han logrado que el Tribunal Constitucional sitúe en su agenda esta cuestión que incide fuertemente en las relaciones Parlamento-Gobierno (92bis).

La jurisprudencia constitucional acorde con los postulados inherentes al pluralismo político (art. 1.1 CE) ha reconocido el *peso que en la apreciación del presupuesto de hecho habilitante del decreto-ley es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del estado* (93), lo que en ningún momento supone la exclusión del control. Pero si bien es cierto que el TC no puede sustituir la apreciación de los hechos generadores de una respuesta normativa, también es preciso señalar que dada la alteración del procedimiento normativo que el recurso a dicha figura supone, parece que deberá exigirse una justificación más intensa, una motivación más precisa que permita apreciar que no se ha producido una ruptura del equilibrio constitu-

(92) Terminado este trabajo se publica el Dictamen del Consejo económico y social de 7 de octubre 2003 sobre el Anteproyecto de ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en el que de nuevo se reitera las críticas de años anteriores. *La primera y más importante no es otra que el menoscabo de la seguridad jurídica que provoca el uso de una ley que regula una profusión de materias normativas dispersas de difícil localización y entendimiento para el ciudadano obligado por ellas. La inseguridad jurídica se acrecienta con la difusa frontera existente con una ley de presupuestos generales del estado que emprende acompañadamente reformas normativas de contenido similar...Esta ley no es lugar más apropiado para efectuar correcciones de tipo técnico que no revisten entidad suficiente como para figurar en una ley... por otro lado la ley no se limita a aspectos directamente relacionados con la ejecución del presupuesto y se utiliza en ocasiones para introducir modificaciones normativas de calado que exceden de su carácter de complementariedad a la ley de presupuestos.* Mientras se tramita esta parte del procedimiento el Gobierno remitió una adenda al proyecto de ley de acompañamiento. Mayor improvisación imposible.

(92bis) La STC 3/2003, relativa a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que resuelve con gran celeridad un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente de Gobierno en 2002, aborda la cuestión relativa a los principios informadores de la Ley de Presupuestos.

(93) STC 29/1982.

cional de los poderes (94); exigencia de motivación ya presente en el derecho comunitario originario para todo tipo de decisión (95). Motivación que para que sea tal debe referirse a las circunstancias concretas que fundamentan la decisión. Exigencias de justificación reforzada destinadas a garantizar la primacía del Parlamento concretada mediante la reserva de ley, requerimiento de motivación que con carácter general se predica de las decisiones de los poderes públicos desde la teoría de la ponderación (si bien el alcance es distinto según la tipología de los poderes). Como señala CARMONA CONTRERAS, la reserva de ley supone el requerimiento adicional (en relación al principio de legalidad de que la norma legal presente una determinada forma (ley parlamentaria) como consecuencia de haber sido elaborada según un determinado procedimiento (público, contradictorio, concurriendo la totalidad de los representantes populares) y determina la no idoneidad de las normas que, presentando valor de ley, no hayan sido elaboradas por el Parlamento (96). Como ha señalado el TC la reserva de ley supone también un límite al legislador, no es facultad disponible; la reserva de ley constituye un mandato de regulación suficiente (96bis).

Una vez expuestas algunas consideraciones en torno a las exigencias constitucionales relativas a los decretos-leyes, procede ahora analizar las leyes de acompañamiento. Como veremos los puntos de conexión en el plano de la argumentación son mayores que los que en una primera aproximación pudieran inferirse.

Como es bien conocido, el TC se apoyó reiteradamente en el principio de seguridad jurídica y en la certeza del Derecho para restringir la inclusión en las leyes de presupuestos de materias ajenas al contenido constitucional de este tipo de leyes (97). La seguridad jurídica se convierte en parámetro de contraste, la falta de homogeneidad ya no es só-

(94) La práctica seguida los últimos años como consecuencia seguramente de una interpretación muy laxa de la jurisprudencia constitucional nos induce a corregir y matizar algunas nuestra posición inicial, vid. Algunas consideraciones entorno a la STC 29/86, RAP, 1986, 111 y recogidas por A.M. CARMONA CONTRERAS: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, CEC, 1997, p. 68. Vid de esta misma autora un comentario crítico a un determinado decreto-ley en «Decreto-Ley y relaciones internacionales: una compatibilidad constitucionalmente problemática», REP, 2000, 110.

(95) Art. 190 TCE.

(96) Op. cit., p. 139 y ss. Vid de la misma autora, más recientemente, aplicando estos postulados, una crítica a un determinado Decreto-Ley.

(96bis) Vid. por todos J. M^o BAÑO: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 75.

(97) STC 65/1990, 76/1992, 116/1994, 178/1994, 195/1994 y 61/1997.

lo un problema de incorrección técnica (98); por ello las soluciones no son solo de mejora de la técnica legislativa. Principio de seguridad jurídica tanto más necesario cuanto se había previamente asentado una significación muy amplia de esta tipología de leyes.

En esta doctrina se ha residenciado el origen de la práctica de las denominadas leyes de acompañamiento (99); la limitación material del contenido de las leyes de presupuestos tuvo como consecuencia temporal (no era inherente o una consecuencia necesaria) la aparición de las leyes de acompañamiento presupuestos. La garantía del equilibrio de poderes preservada por el TC tuvo un efecto *boomerang*, un efecto no previsto.

Pero si la seguridad jurídica ha sido un principio utilizado por el TC no puede ignorarse que este es un criterio complementario dada la especialidad procedimental que la constitución establece para las leyes de presupuestos. Lo que no ocurre con las de acompañamiento, éstas no tiene los mismos límites. Lo que obliga a repensar el tema de los límites.

Las leyes de acompañamiento cumplen una función claramente instrumental (100) respecto a los objetivos de política económica a los que están orientados los presupuestos del estado. Este es un dato objetivo del que se derivan determinadas consecuencias. Así, no puede desconocerse como nuestra Constitución ya acogió en su momento una concepción amplia de la función presupuestaria (y de los tributos) (101), lo que tiene consecuencias en la arquitectura de poderes.

Por ello deben buscarse **nuevos equilibrios** que permitan aquilatar las exigencias propias del Estado de Derecho y el principio democrático con las funciones del Estado regulador.

En esta dirección, parece que de nuevo **la seguridad jurídica deberá operar de modo complementario** a otros principios o reglas constitucionales. En esta dirección, entiendo que de nuevo cobra toda su operatividad la **reserva de ley** entendida como limite al legislador. Límite que como ya señaló DE OTTO tiene su **fundamento en la legitimidad democrática que deriva de la garantía de un procedimiento transparente** (101bis), abierto,

(98) Vid. una presentación sistemática del estado de la cuestión en el derecho financiero en L.M^a CAZORLA PRIETO: *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario*, op. cit.

(99) Por ello CAZORLA entiende que las leyes de acompañamiento constituyen un fraude de ley constitucional, vid. op. cit.

(100) M. A. MARTINEZ LAGO: «Las leyes de acompañamiento: sobre el abuso de las formas jurídicas por el Gobierno», *RGLJ*, 1999, 5, p. 554

(101) Más desarrollado en E. MALARET: *Régimen jurídico-administrativo...*, op. cit.

(101bis) I. DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel. J. M^a BAÑO también enfatizó la significación del procedimiento parlamentario, vid. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, op. cit., pp. 96 y ss.

público, contradictorio. En esta perspectiva, la noción de deliberación suministra pautas sustanciales, enfatiza la idea de debate. Y en estas exigencias de una **deliberación pública**, de un diálogo estriba la reserva de ley. Una deliberación que para que efectivamente tenga este carácter **requiere el respeto de unas reglas de juego que garanticen la confrontación de pareceres efectiva y real**. Corolario de estas exigencias parece que deberán exigirse ciertas condiciones.

Un debate que debe ser comprensible para los ciudadanos destinatarios últimos de la decisión y actores fundamentales del control político (102). El procedimiento legislativo, su transparencia no sólo permite decisiones de mejor calidad, más pensadas y equilibradas desde la perspectiva de la diversidad de intereses en presencia, sino que es cauce fundamental del **control democrático**.

De nuevo vemos como **la seguridad jurídica dota de nuevos perfiles a la reserva de ley y viceversa**. La seguridad jurídica refuerza la reserva de ley haciendo que lo que se presenta como un problema de técnica legislativa puede convertirse en un vicio sustancial cuando la amalgama de contenidos, la disparidad de materias, la falta de sistemática (103) impiden un debate ordenado. Parece difícil articular un diálogo cuando se usa y abusa de la técnica de las disposiciones adicionales (como se aprecia en los cuadros más arriba presentados), incluso para ordenar la libertad de empresa y la libertad de expresión (104). La confrontación de posiciones y sobre todo su visibilidad se vuelve difícil cuando leyes sustanciales pueden ser objeto de modificaciones importantes en distintos apartados de una ley de acompañamiento que ha sido ordenada según departamentos ministeriales; la lógica de la organización no puede primar sobre las garantías inherentes a la reserva de ley.

En el estado actual del Derecho constitucional, la concepción formal de la ley requiere para su plenitud la introducción de criterios materiales (105). La libertad de los modernos, la libertad jurídica garantizada por la primacía de la ley no puede desvirtuarse; si puede y debe obligar a buscar nuevos equilibrios, nuevas formulaciones.

(102) Vid. una perspectiva renovada del control democrático insistiendo mucho en la cadena secuencial en F. RUBIO LLORENTE: *La forma de legislar*, op. cit.

(103) Vid. una relación de ejemplos en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 80 y ss.

(104) Vid. en relación a la problemática implantación de la denominada televisión digital terrenal mediante una adicional de una ley de acompañamiento de presupuestos, E. MALARET: *Financiación e infraestructuras de televisión*, op. cit.

(105) En esta dirección, F. RUBIO LLORENTE: *La forma de legislar*, op. cit. p. 320.

La referencia explícita a los principios de legalidad y de seguridad jurídica suministran criterios para la tarea permanente de adaptación y reelaboración de los conceptos y categorías adecuados a la arquitectura constitucional de los poderes y a la preservación de los derechos ciudadanos.

El carácter multiforme de la seguridad jurídica no puede constituir un obstáculo para su vigencia, cuestión distinta es que constituya por sí sólo un parámetro de referencia. La democracia supone el respeto a determinadas formas, pero estas están al servicio de unos determinados requerimientos materiales, son funcionales a las exigencias del Estado democrático de Derecho.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La eclosión de una nueva función estatal, la regulación, se produce en paralelo a una flexibilización del principio de legalidad. De un principio de legalidad que debe ser entendido en su acepción de primacía del legislador en cuanto garantía de un procedimiento transparente de elaboración del derecho. Sin embargo, la regulación parece discurrir en el sistema jurídico español por cauces alejados de los postulados clásicos del Estado de Derecho liberal.

La emergencia de un derecho poco previsible, aleatorio y en proceso de adaptación continua a la realidad social desconcierta. El Derecho es cada vez más desordenado, complejo y movidizo. Algunos preconizan un retorno a la edad de oro, sinónimo de orden, simplicidad y estabilidad. Los requerimientos propios del estado social, de la integración de las economías contemporáneas, del correcto funcionamiento del mercado evidencian lo ilusorio de este propósito.

Las transformaciones de las funciones estatales que hemos caracterizado como regulación no pueden suponer el desplazamiento de los principios y reglas que conforman el Estado social y democrático de Derecho. Ello requiere la reformulación de nuevos equilibrios en la articulación de los poderes. En esta perspectiva los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley están llamados a desempeñar un papel fundamental.

El principio de seguridad jurídica entendido como mandato de certeza desarrolla su operatividad en la esfera de la creación del Derecho y configura un criterio rector para la delimitación del espacio reservado a la ley, a la ley tramitada en un procedimiento parlamentario que garantice la confrontación y el debate abierto.