

*El intento de introducción en España de
la reserva negativa de ley. Repaso a un
episodio de la etapa constituyente
española*

JORDI BARRAT I ESTEVE*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. *ITER* CONSTITUYENTE
- II. OBSERVACIONES
- III. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la V República francesa, aprobada en 1958 bajo unas condiciones ciertamente peculiares, inició una etapa de notable heterodoxia ya que, con el fin de impedir una reproducción de los males de las dos repúblicas anteriores, articuló un sistema institucional diferente al del resto de países y alejado de los cánones mayoritarios. La figura de la reserva reglamentaria —o reserva negativa de ley— responde a esta dinámica. Suscitó muchas críticas en los primeros años de aplicación de la Constitución y, pese a que se mantiene prácticamente intacta en el texto constitucional, diferentes factores han posibilitado que su desarrollo efectivo estuviera acorde con los principios tradicionales de la democracia parlamentaria.

* El autor es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de León, España.

Parte de la doctrina española mostró gran interés en la experiencia francesa. El tardofranquismo presenció, en este sentido, algunos ensayos para impulsar una interpretación *gaullista* de nuestras leyes fundamentales llegando a defender la existencia en España de reglamentos autónomos.¹ Sus defensores más destacados fueron Alfredo Gallego Anabitarte,² Manuel Clavero Arévalo³ y Rodrigo Fernández-Carvajal.⁴ La tesis contraria estuvo liderada por Eduardo García de Enterría.⁵ No es este, sin embargo, nuestro centro de atención. Nos interesa, por el contrario, la etapa constituyente española donde se vivió uno de los últimos intentos para incorporar esta línea de pensamiento en el ordenamiento jurídico español.

El denominado Anteproyecto de Constitución española⁶ admitía, en sus artículos 72 y 79, una regulación similar a la introducida en la Constitución francesa.⁷ Me propongo en este artículo hacer un repaso de ese episodio constitucional, compararlo con el referente galo y rastrear las opiniones posteriores sobre la corrección de la decisión final adoptada en España.

¹ Cf. GARRORENA MORALES, Ángel. *El lugar de la Ley en las Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 49.

² Cf. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. «Ley y reglamento en España». *Revista de Administración Pública*, 1968, pp. 81-140; *íd.* *Ley y reglamento en el derecho público occidental*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971.

³ Cf. CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. «¿Existen reglamentos autónomos en el derecho español?». *Revista de Administración Pública*, n.º 62, 1970, pp. 9-34.

⁴ Cf. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, Rodrigo. «La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 169-170, 1970, pp. 63-77.

⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1981; y también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón, FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Madrid: Civitas, 1995.

⁶ Se trata del texto aprobado por la ponencia constituida en el seno de la Comisión Constitucional y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, pp. 669-698. No es pacífica la denominación empleada ya que, según algunos autores, el término *anteproyecto* no puede aplicarse en el seno del trámite parlamentario (Cf. ARAGÓN REYES, Manuel. «La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones parlamento-gobierno». En: RAMÍREZ, Manuel (ed.). *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*. Barcelona: Labor, 1978, p. 311, nota 1).

⁷ Cf. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La elaboración de la Constitución de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp.68-70; ACTAS «Las actas de la ponencia constitucional». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 2, 1984, pp. 288-294; EL PAÍS. 6 de octubre de 1977, p. 15.

I. *ITER* CONSTITUYENTE

El artículo 72 atribuía a la ley una serie determinada de materias. Son materias propias de la ley:

- a) El desarrollo de los derechos y deberes comprendidos en el título II y, en lo que proceda de los principios generales declarados en el título I.
- b) El desarrollo de las instituciones de la presente Constitución, incluyendo el derecho electoral, sin perjuicio de las autonomías reglamentarias de las Cámaras y cuantas remisiones contenga la presente Constitución a la ley.
- c) Las normas básicas en materia de orden público.
- d) El Derecho civil.
- e) El Derecho penal, procesal y judicial.
- f) Las normas básicas del derecho mercantil, laboral y de la Seguridad Social.
- g) Las normas básicas de la Administración, y de la función pública y de la defensa nacional.
- h) Administración y contabilidad. Los Presupuestos del Estado.
- i) Las cuestiones financieras y fiscales, así como los textos básicos de la planificación y ordenación económica y social.
- j) Las normas básicas sobre la ordenación del sector público de la economía.
- k) Las normas básicas en materia de obras públicas y transportes.
- l) Las normas básicas de la educación y de los planes generales de enseñanza.
- m) Las normas básicas sobre el régimen del suelo, urbanismo y vivienda.
- n) Las delegaciones normativas concedidas al Gobierno.
- o) Cualquier otra materia cuya regulación legal sea acordada por la mayoría absoluta del Congreso. Dicho acuerdo podrá comprender la suspensión de disposiciones reglamentarias sin perjuicio de tercero, en los términos que una ley establezca.

El artículo 79.1, por otro lado, concedía a la potestad reglamentaria el resto de ámbitos normativos: «Corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno la regulación de las materias no reservadas a la ley, sin perjuicio de lo previsto en el título VIII».

El artículo 79.2, por último, articulaba un procedimiento específico para solventar aquellos casos en los que surgiera alguna duda respecto a la naturaleza legislativa o reglamentaria de un precepto: «En caso de duda sobre el carácter legislativo o reglamentario de una norma y previo dictamen de la Comisión de Competencia Legislativa del Congreso y del Consejo de Estado, resolverá el Tribunal Constitucional».

Debe mencionarse asimismo la Disposición Transitoria Primera donde se disponía un régimen de adaptación del ordenamiento jurídico a la nueva distinción entre ley y reglamento:

1. La legislación vigente, que con arreglo al artículo setenta y dos de la presente Constitución regule materias de carácter reglamentario, será objeto de catalogación por el Gobierno, previo informe del Consejo de Estado.
2. El Gobierno podrá derogar o modificar cada una de dichas leyes por decreto, previa consulta al Congreso durante el plazo de dos meses, en el cual éste podrá ejercer la facultad prevista en el apartado o) del artículo setenta y dos, salvo siempre la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional.

Como continuación del propio Anteproyecto se incluyen los votos particulares de los diferentes grupos parlamentarios. Puede observarse, en este sentido, cómo los grupos Comunista y Socialista proponen la supresión de los dos artículos mencionados. La Unión del Centro Democrático demanda, por su parte, la eliminación de dos apartados del artículo 72, concretamente el n) y el último párrafo del o).

En la fase de enmiendas, ambos artículos reciben varias propuestas que oscilan entre los que pretenden su supresión total y los que persiguen una mejora de su redactado. Tendremos ocasión, a lo largo del artículo, de ir mencionando las distintas propuestas formuladas.

Por último, antes del comienzo del debate en Comisión, el informe de la Ponencia, resultado del examen de las enmiendas anteriores, implica el rechazo de la institución de la reserva reglamentaria mediante la supresión de los ya citados artículos 72 y 79 (*Boletín Oficial de las Cortes*, 17 de abril de 1978, pp. 1564 y 1567). El informe destaca, con todo, que el Grupo de Alianza Popular se opuso expresamente y que el grupo de Unión de Centro Democrático manifestó «la conveniencia de mantener *algún* sistema de reserva reglamentaria» (ib., p. 1564; la cursiva es mía). Peces-Barba nos recuerda, con referencia a la elaboración

del primer borrador, que la discusión fue «larga» y que fue «uno de los temas más debatidos inicialmente».⁸

II. OBSERVACIONES

Es preciso comenzar destacando la similitud existente entre el proyecto español y la Constitución francesa de 1958. No estamos solamente ante un intento de implantar la técnica en sí, es decir, el concepto de reserva negativa de ley, sino que su articulación jurídica muestra cómo el redactado de la Carta francesa sirvió de inspiración a nuestros constituyentes.

Observemos, en este sentido, cómo un artículo —72— se encarga de enumerar las materias encomendadas a la ley. Se trata lógicamente de un calco del artículo 34 de la Constitución francesa.⁹ Existen asimismo algunos detalles que evidencian este hecho. Véanse aquellos apartados donde los constituyentes españoles conferían a la ley solamente la normación básica de una materia [apartados c), f), g), i), j), k), l), m)]. Se establece, a mi juicio, un perfecto paralelismo con el artículo 34 francés donde se introdujeron ciertas competencias donde el legislador debía fijar *les règles* y otras donde solo se le atribuía la determinación *des principes fondamentaux*.¹⁰

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 68-69.

⁹ Cf. GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 109.

¹⁰ Tal distinción dio pie a que, en los primeros años de aplicación de la Constitución francesa, se especulara con la posibilidad de que el ámbito reservado a la ley fuera en un caso más amplio que en el otro. De este modo, las materias en las que el legislador solo podía formular los principios fundamentales atribuirían un espacio de regulación a la potestad reglamentaria, más amplio ya que la ley debería limitarse a enumerar los *principios* sin descender a la especificación de las *reglas*. La interpretación posterior del *Conseil Constitutionnel* diluyó esta distinción ya que equiparó ambos tipos de atribuciones señalando que el ámbito legislativo era idéntico en ambos supuestos. Se trata de una de las múltiples técnicas utilizadas por el *Conseil* para ampliar el campo competencial encargado a la potestad legislativa (Cf. BARRAT I ESTEVE, Jordi. *La reserva reglamentaria*. León: Universidad de León, 1999, pp. 110-115; PARDO FALCÓN, Javier. *El Consejo constitucional francés*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 359-363; PASCUAL MEDRANO, Amelia. «La ley y el reglamento en el derecho constitucional francés». *Revista de Estudios Políticos*, n° 106, 1999, 193-197).

Los otros preceptos del proyecto constitucional también muestran una notable proximidad con el modelo galo. El artículo 79.1, por ejemplo, no es más que la réplica del 37.2. La finalidad de ambos consiste en atribuir a la potestad reglamentaria los ámbitos no legislativos.¹¹

Por otra parte, los mecanismos de control del reparto normativo muestran idéntico mimetismo. Observemos cómo los constituyentes españoles también practicaron la distinción entre las normas preconstitucionales, acogidas a la Disposición Transitoria Primera, y las postconstitucionales, reguladas en el artículo 79.2. Las primeras, al igual que en Francia, pueden modificarse por decreto. Las segundas prevén asimismo la intervención de la jurisdicción constitucional para definir con precisión el reparto normativo establecido.

Llegados a este punto, no es difícil confirmar la lógica intuición inicial y afirmar la cercanía de nuestro proyecto constitucional con la experiencia francesa de la V República. Veamos, sin embargo, algunas diferencias.

Resulta evidente, por ejemplo, que, pese a la similitud conceptual y a la igualdad de ciertos apartados, el listado del artículo 72 no es totalmente idéntico al de su homólogo francés. Se trata, por lo demás, de un fenómeno normal toda vez que, en primer lugar, resulta muy difícil la reducción de todo el universo normativo a una serie tasada de enunciados y, en segundo lugar, la redacción de estos preceptos está sujeta a un baile constante de incorporaciones y eliminaciones. Cabe recordar, por ejemplo, lo sucedido en el *iter* constituyente francés donde, ante el desespere de los juristas del *Conseil d'État*, todas las fases iban añadiendo más competencias dentro del ámbito legislativo.¹² Si repasamos las enmiendas presentadas al proyecto español, podemos comprobar cómo, si no llega a retirarse esta técnica del informe final de la ponencia, se acercaba la misma situación. Véanse, en este sentido, las enmiendas de Licinio de la Fuente y de la Fuente, del grupo parlamentario de la Mino-

¹¹ Fernando Garrido Falla parece entender de forma distinta este precepto ya que, interpretado de forma aislada, es decir, sin tener en cuenta las previsiones de la Disposición Transitoria Primera, «sería simplemente el reconocimiento de la potestad reglamentaria independiente; es decir, *praeter legem* pero no *contra legem*» (Cf. GARRIDO FALLA, Fernando. «Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución». En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 45).

¹² Cf. BARRAT I ESTEVE, ob. cit., pp. 66-70.

ría Catalana, las conjuntas de Antonio Rosón Pérez y José María Pardo Montero, las de Laureano López Rodó y, finalmente, las del grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático.¹³

Puede observarse, por otra parte, cómo el constituyente español — apartado o) — había previsto un mecanismo similar al del artículo 34.8 francés, es decir, una técnica cuya pretensión era, en primer lugar, reducir la rigidez inherente a un sistema constitucional de reparto normativo y, en segundo lugar, posibilitar que el legislador recuperara los ámbitos que la Constitución le había arrebatado para otorgárselos al reglamento. El redactado español presenta, sin embargo, sustanciales diferencias con el francés.

Debe señalarse, en este sentido, que la Constitución francesa establece, en su artículo 34.8, un procedimiento de *reforma flexible* ya que admite que el redactado del propio artículo 34 pueda ser «precisado y completado» por una ley orgánica.¹⁴ El texto español, en cambio, presenta una redacción confusa. No parece disponer, salvo lo que después se indicará, un procedimiento de reforma constitucional, sino que establece un específico ámbito legislativo para aquellas ocasiones en que el Congreso se manifieste con mayoría absoluta.¹⁵ Tendríamos, por lo tanto, tres ámbitos competenciales: el reglamentario, el legislativo ordinario y el legislativo reforzado. En este último, la ley podría desconocer el reparto establecido en sede constitucional y recuperar su ilimitación competencial.¹⁶

¹³ Cf. CONSTITUCIÓN, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Cortes Generales/Servicio de Estudios y Publicaciones, 1980, pp. 150, 211, 361, 404, 492.

¹⁴ Cf. TRÉMEAU, Jérôme. *La réserve de loi. Compétence législative et constitution*. (Col. «Droit Public Positif»), Paris / Aix-en-Provence: Economica / PUAM, 1997, p. 80). No es pacífica, en todo caso, la opinión sobre la naturaleza reformadora de la ley orgánica prevista en el octavo apartado del artículo 34. Algunos autores sostienen que la tarea de «precisar y completar» supone únicamente un desarrollo legislativo del texto constitucional mientras que otros conceden al segundo término una virtualidad mayor llegándolo a considerar como un procedimiento de reforma (Cf. BARRAT I ESTEVE, ob. cit., pp. 205-209).

¹⁵ Pese a que los requisitos procedimentales son idénticos, no es lícito equiparar las leyes orgánicas — artículo 73 del proyecto — con las intervenciones legislativas previstas en el artículo 72, o). Por una parte, el artículo 73 carece, en contraste con la redacción final de la Constitución, de la atribución del carácter de ley orgánica «a las demás previstas en la Constitución» y, por otra, el propio apartado o) no hace mención al eventual carácter orgánico del «acuerdo» que amplía el espacio legislativo.

¹⁶ Algunos autores llegan a rechazar, en base a este artículo, que el Anteproyecto

El segundo inciso del apartado o) incorpora, por otra parte, una curiosa previsión que puede hacernos replantear lo dicho hace un momento. Se dispone que el acuerdo adoptado por mayoría absoluta «podrá comprender la *suspensión* de disposiciones reglamentarias sin perjuicio de tercero». Como señala López Rodó, en una de sus enmiendas al proyecto, no «parece oportuno conferir al Congreso la facultad de “suspensión de disposiciones reglamentarias”. ¿Se trata de una suspensión *sine die*? Más bien debería referirse a la “revocación” de disposiciones reglamentarias, pero esta revocación es de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa». ¹⁷ Parece claro que, si el proyecto se refiere a una regulación sustancial de la materia reglamentaria, no tiene sentido hablar ni de suspensión ni de intervención jurisdiccional, sino que debería aludirse a una simple *derogación* de la antigua norma reglamentaria por el nuevo texto legislativo. Estamos ante una aplicación sencilla del criterio jerárquico. No existe ninguna normativa reglamentaria susceptible de suspensión ya que la existente anteriormente he perdido su validez en virtud de la intervención de la ley.

Es posible, sin embargo, que la primera interpretación que parece sugerir el texto solo sea una de las posibles opciones. También podría aceptarse que, cuando el texto señala que corresponderá a la ley «cualquier otra materia cuya regulación legal sea acordada por la mayoría absoluta del Congreso», no quiera referirse a una regulación sustancial, sino solamente a un acuerdo abstracto por el que se traslada esa materia del área reglamentaria al ámbito legislativo.

Cobra pleno sentido, en esta hipótesis, el término «suspensión» toda vez que, mientras que el legislador no proceda a regular la nueva materia que ha adquirido, puede parecer oportuno, desde una perspectiva política, suspender la anterior norma reglamentaria siempre que, como también indica el proyecto, no queden afectados los derechos de terceros. De aceptarse esta segunda posibilidad, el proyecto español se aproximaría notablemente al ejemplo francés ya que el apartado o) constituiría, de hecho, un procedimiento de ampliación de las materias incluidas en el listado del artículo 72. ¹⁸

constitucional configurara una auténtica reserva reglamentaria (Cf. GALLEGO ANABITARTE y DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo*. T. I. *Materiales*. 2ª ed. Madrid: s.e., 1990, p. 62).

¹⁷ CONSTITUCIÓN, ob. cit., p. 405.

¹⁸ Aunque de forma imprecisa, José Luis Carro parece decantarse por esta segunda

Los mecanismos previstos para garantizar el efectivo cumplimiento del reparto normativo también presentan ciertas divergencias. Adviértase que el Tribunal Constitucional está llamado a intervenir «en caso de duda [...] y previo dictamen de la Comisión de Competencia Legislativa del Congreso y del Consejo de Estado» (artículo 79.2). No encontramos, en primer lugar, la precisión del texto francés en cuanto a los actores legitimados para incoar este procedimiento. El precepto español se limita a señalar que procederá activar estos mecanismos «en caso de duda», pero se trata claramente de una previsión incompleta atendiendo a las diversas instancias constitucionales (Gobierno, Parlamento, oposición...) que se encuentran afectadas por la delimitación de los ámbitos legislativo y reglamentario.

Encontramos, en segundo lugar, otra diferencia con el modelo francés toda vez que se prevé la intervención tanto de una específica Comisión del Congreso como del Consejo de Estado. Cabe señalar, en este sentido, que el artículo 37.2 del texto francés, al que parece aproximarse este precepto por su ubicación sistemática, dispone que el recurso interpuesto por el Gobierno se dirigirá directamente al Consejo constitucional. Podemos hallar ciertas similitudes, sin embargo, con el artículo 41 donde no solo interviene el Gabinete, sino también la presidencia de ambas cámaras. Se produce, por lo tanto, una actuación parecida a la prevista por nuestro artículo 79.2.

posibilidad ya que distingue entre la regulación sustancial y el acuerdo: «un apartado n) [...] que faculta al Legislativo a regular cualquier materia siempre que ello fuese acordado por la mayoría absoluta del Congreso» (CARRO, José Luis. «El poder normativo del Gobierno en el borrador constitucional». *El País*, 8 de diciembre de 1977, p. 7. cf. asimismo las declaraciones de Herrero de Miñón en *El País*, 1977).

Llegamos a la misma conclusión si hilamos todavía más fino en la interpretación de este precepto constitucional. Nótese, en este sentido, cómo la Constitución señala que es materia propia «de la ley [...] cualquier materia cuya regulación legal sea acordada por la mayoría absoluta del Congreso». Estamos ante una clara redundancia del texto constitucional. El adjetivo destacado carece de sentido si el acuerdo al que se refiere fuera realmente la ley reguladora de la materia. Suprimase el adjetivo de la frase y se observará como el significado permanece inalterable. Si nos inclinamos, en cambio, por pensar que el acuerdo es una decisión abstracta, es decir, que solo afecta a la transferencia de una materia del ámbito reglamentario al legislativo, el adjetivo cobra pleno sentido ya que su finalidad consiste precisamente en proclamar la necesaria regulación *legal* de una materia.

Por último, la Disposición Transitoria Primera presenta una pequeña divergencia con su homóloga francesa ya que dispone de un plazo de dos meses en que el Gobierno no podrá modificar leyes con preceptos materialmente reglamentarios en espera de que el Congreso considere o no oportuno utilizar el mecanismo previsto en el artículo 72, o).

Mayores dudas suscita el inciso final de esta disposición donde se señala que todas sus previsiones no prejuzgan la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional. Cabe preguntarse contra qué norma está pensado este recurso ya que, salvo lo que después se dirá, las dos únicas posibilidades consisten en que sea el *decreto* previsto en la propia Disposición Transitoria o el *acuerdo* regulado en el artículo 72 o). La redacción es un tanto confusa, pero parece inclinarse por el primer supuesto ya que plantea el recurso como una opción que siempre resultará viable a pesar de que el Congreso no active, en ese preciso momento, el artículo 72 o). La norma recurrida no será el propio acuerdo del Congreso, sino el decreto del Gobierno. Siendo ello así, el decreto gubernamental queda equiparado, en lo concerniente a su posición contenciosa, con la figura de la ley ya que ambos podrán ser controlados por el Tribunal Constitucional.¹⁹ Esta solución difiere notablemente del ejemplo francés que, como hemos tenido ocasión de comprobar, mantiene a las normas emanadas por el Gabinete bajo la supervisión de la jurisdicción ordinaria.

Cabe una segunda posibilidad si entendemos que el recurso previsto en la Disposición Transitoria tiene como único objetivo el dilucidar el carácter reglamentario de la materia. No se impugnaría, por lo tanto, ninguna norma en concreto, sino que el Tribunal se limitaría a valorar el carácter legislativo o reglamentario de las leyes que el Gobierno pretenda modificar por decreto.²⁰ En el caso de declararse su carácter legislativo, el eventual reglamento tendría todos los boletos para ser anulado por la jurisdicción ordinaria. Esta interpretación cobra pleno sentido si el recurso interviene *antes* de que el Gobierno regule por decreto disposiciones incluidas en textos legales. Trémeau lo limita al plazo de dos meses marcado por la Constitución, pero también puede pensarse que el Congreso podría interponerlo si, transcurrido ese tiempo, el Gobierno no hubiera hecho efectivo sus propósitos.

¹⁹ *Contra* Díez MORENO, Fernando. «La reserva reglamentaria y la Constitución española». En: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979, p. 640.

Considérese, por último, que el texto analizado era un mero proyecto con lo que cabe suponer que incorporaba ciertas carencias técnicas que, en el resto de artículos, fueron subsanándose a lo largo del trámite constituyente. La incertidumbre que genera la disposición puede deberse a que, en este caso, estamos ante el redactado inicial.

Una vez realizada la comparación entre los textos español y francés, interesa detenernos brevemente en las causas que motivaron el rechazo de esta técnica. No podemos, como se comprenderá, adivinar todos los factores que concurrieron en esa decisión, pero es posible aportar ciertas ideas apoyándonos en aquellos textos que vieron la luz en el lapso que transcurrió entre la filtración a la prensa del proyecto de Constitución y la publicación del informe final.

Puede señalarse, en este sentido, que varios autores²¹ manifestaron claramente su disconformidad con la técnica de la reserva reglamentaria. Miguel Herrero nos recuerda, por su parte, que Eduardo García de Enterría remitió dos «largas» notas que, fechadas el 12 de diciembre de 1977 y el 16 de marzo de 1978, consiguieron «eliminar la reserva negativa de ley introducida en el primer borrador constitucional».²²

Existen, en este sentido, una serie de criterios a los que todos los autores acuden de forma recurrente para rechazar la implantación en España del modelo francés:

- a) La reserva reglamentaria se incorporó a la Constitución francesa en base a unas circunstancias socio-políticas muy concretas y peculiares que en ningún momento pueden extrapolarse a España.
- b) La reserva reglamentaria supone una quiebra importante tanto del principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho, como del principio democrático al poner en duda la primacía del Parlamento sobre el Gobierno. José Luis Carro, por ejemplo, no duda en afirmar que «la *primacía de la ley*, la ausencia de limitaciones a su campo de actuación si no son las constituidas por el contenido mínimo de los derechos fundamentales, es una exigencia ineludible de una mayor democraticidad del sistema».²³

²⁰ Cf. TRÉMEAU, ob. cit., p. 80.

²¹ Cf. ARAGÓN REYES, ob. cit., pp. 297-315; GARRIDO FALLA, ob. cit., pp. 29-49; CARRO, ob. cit., p. 7.

²² Pese a haber consultado personalmente tanto a Miguel Herrero como a Eduardo García de Enterría, me ha sido imposible disponer del texto de estas notas.

²³ CARRO, ob. cit.; en el mismo sentido GARRIDO FALLA, ob. cit., p. 45; PECES-BARBA

- c) La reserva reglamentaria podría tener cierta explicación en un régimen dualista como el francés, pero no cabe aplicarla en una monarquía parlamentaria de carácter monista como la española. Manuel Aragón desarrolla este aspecto señalando que una eventual justificación consistiría en:

encontrar un acomodo [...] en algunos de los argumentos que han sido utilizados [...] para explicar teóricamente el modelo francés, que giran todos sobre la doctrina del *principio monárquico*. Pero, aparte de la dudosa aplicación de esa doctrina a unos supuestos constitucionales [...] que se basan en la soberanía popular, resulta que, además, nuestro Jefe de Estado, a diferencia del francés, ni gobierna ni es elegido por el cuerpo electoral, que tiene como único y directo representante al Parlamento.²⁴

MARTÍNEZ, ob. cit., p. 69. Fernando Díez Moreno discrepa, sin embargo, de esta opinión y, apoyándose tanto en las reflexiones de García Pelayo sobre el Estado social como en la razonable necesidad de un fortalecimiento del poder normativo del Gobierno, afirma que «no se trata de negar lo evidente, ni de cerrar los ojos a lo que las nuevas necesidades han impuesto, sino de legalizar la situación real rodeándola de tales garantías y controles que no sea posible la infracción de los “valores” por y para los cuales se constituye el Estado social [...] Los principios constitutivos del Estado social, del Estado de derecho y de [sic] Estado democrático no padecen porque se reconozca la reserva reglamentaria, ésto [sic] sólo ocurrirá si como en el ejercicio de cualquier poder o facultad no se le rodea de las garantías necesarias para evitar todo abuso o extralimitación» (DÍEZ MORENO, ob. cit., p. 645).

- ²⁴ ARAGÓN REYES, ob. cit., p. 305. Cf. asimismo DÍEZ MORENO, ob. cit., pp. 645-646; GÓMEZ-FERRER MORANT y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución». *Revista de Administración Pública*, 1978, p. 188; GÓMEZ-FERRER MORANT «La potestad reglamentaria del gobierno en la Constitución». En: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979, p. 120; GARRORENA MORALES, ob. cit., p. 50; GARCÍA MACHO, ob. cit., p. 110. Jérôme Trémeau replica este argumento señalando que es «artificiel dans la mesure où le pouvoir réglementaire est attribué au gouvernement en Espagne et en France, à titre principal» TRÉMEAU, ob. cit., p. 82). Se trata de una idea sugerente que parte de la base de que la reserva reglamentaria francesa no puede fundamentarse en el dualismo y, concretamente, en la elección directa del presidente desde el momento en que la Constitución no le atribuye la potestad reglamentaria. A su vez, la posición del Gobierno, que es quien posee dicha facultad, es la misma tanto en Francia como en España, es decir, en ambos países el Gobierno goza de una legitimidad democrática indirecta con la única diferencia de que, mientras en España esa legitimidad proviene del Parlamento, en Francia obedece a la elección que

- d) La reserva reglamentaria se hace innecesaria en un sistema en el que se concede al Gobierno una serie de instrumentos normativos como la legislación delegada²⁵ y la de urgencia. Suele señalarse, en este sentido, que las funciones asumidas por el Estado del Bienestar revelan la incapacidad estructural del Parlamento para acometer los retos normativos de la época. La solución, que podría consistir en seguir el modelo francés, no resulta necesaria toda vez que la propia Constitución ya otorga al Gobierno los instrumentos precisos.²⁶
- e) La reserva reglamentaria plantea enormes dificultades en un ordenamiento que, como en el español, se ha configurado un estado descentralizado. Habida cuenta que introduce, por su propia naturaleza, cierta complejidad en la labor de delimitación funcional de cada órgano, este factor puede alcanzar niveles insostenibles si, además de aplicarse en los organismos centrales, tuviera que hacerse compatible con una organización territorial de carácter regio-

hace el presidente de la República. La reserva reglamentaria será buena o mala, pero no puede argumentarse que, atendiendo al sistema dualista, tiene cierta lógica dentro del modelo francés. El Gobierno, que es la institución en la que debemos fijarnos, no está afectado por esta peculiaridad dualista, sino que en ambos casos estaríamos atribuyendo una amplia potestad reglamentaria a un órgano con una legitimidad democrática *mediata*.

²⁵ Ramiro Núñez-Villaveiran señala, siguiendo a García de Enterría, que «tal instituto no tiene justificación material [...] derivando de un apriorismo dogmático, que es el que ha determinado precisamente que en Francia no se haya admitido la delegación legislativa. Tal apriorismo consiste en la configuración de ésta como transferencia de poder, con la subsiguiente quiebra que la admisión de la delegación según esta posición que ello [sic] supondría del axiomático principio de la separación de poderes» (NÚÑEZ-VILLAVEIRAN Y OVILO, Ramiro. «Delegaciones y autorizaciones legislativas en la Constitución». En: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979, p. 1534). Resulta preciso matizar estas consideraciones ya que, admitiendo la difícil compatibilidad entre la legislación delegada y la reserva reglamentaria, lo cierto es que la Constitución francesa también ha incorporado, además de los artículos 34 y 37, las *ordonnances* del artículo 38. No se trata de una figura idéntica a nuestros Decretos Legislativos, pero no es menos cierto que se configura como una relación de colaboración entre la ley y los productos normativos inferiores.

²⁶ Cf. ARAGÓN REYES, ob. cit., p. 305. Cf. asimismo VILLACORTA MANCEBO, LUIS. *Centralidad del Parlamento, delegación legislativa y posibilidades de control*. Madrid: Dykinson, 1999 y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO. *Los controles de la legislación delegada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

nal.²⁷ No se trata, con todo, de una *imposibilidad* técnica, sino solamente de una mayor *complicación*.²⁸ El relato de Peces-Barba verifica, por su parte, que esta preocupación estuvo presente en los debates de la ponencia constituyente.²⁹

En años posteriores, otros autores han ido pronunciándose acerca de la bondad de este ensayo constitucional. La mayoría de ellos comparte las directrices que acaban de describirse,³⁰ pero también deben destacarse ciertos casos, algunos de gran relieve, cuya opinión se muestra favorable a la implantación en España de la reserva negativa de ley. Me refiero, por ejemplo, a Miguel Herrero de Miñón quien, rememorando la etapa constituyente, señala que se «consiguió eliminar la reserva negativa de ley introducida en el primer borrador constitucional siguiendo, a mi juicio, acertadamente, el modelo francés de 1958».³¹ En otro momento, el autor expresa una mayor incertidumbre al respecto al afirmar que «a la vista de cómo ha evolucionado el parlamentarismo en España, *dudo* si hubiera sido mejor descargarle de tareas legislativas para ocuparle más en el debate y el control político, o si su “humillación”, en términos de Duverger, hubiera disminuido su ya escaso prestigio».³² Fernando Díez Moreno, por otra parte, señala que «no han existido razones reales, o importantes o de interés público, para excluir de la Constitución el principio de reserva reglamentaria».³³

No es este el lugar apropiado para valorar cada uno de estos criterios. Se trata de críticas y apoyos serios y documentados que ponen de

²⁷ Cf. CARRO, ob. cit., p. 7.; Díez MORENO, ob. cit., p. 646; GÓMEZ-FERRER MORANT y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, ob. cit., p. 188; GÓMEZ-FERRER MORANT, ob. cit., p. 120.

²⁸ Cf. TRÉMEAU, ob. cit., pp. 82-83.

²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, ob. cit., p. 69.

³⁰ Es especialmente significativo el relato de Gregorio Peces-Barba quien, además de considerar un «éxito parlamentario y democrático» la supresión de la reserva negativa, realiza, diez años después, el siguiente balance: «como carecíamos de experiencia y de perspectiva temporal y sólo conocíamos todos el funcionamiento del Parlamento por los libros, no podíamos entonces imaginar que no era necesaria esa precaución, porque en un Estado de Partidos el Ejecutivo es muy fuerte frente al Legislativo, con o sin reserva de ley» (ib., pp. 69-70).

³¹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. *Memorias de estío*. Madrid: Temas de Hoy, 1993, p. 143.

³² Ib., 126 (la cursiva es mía).

³³ Díez MORENO, ob. cit., p. 647.

relieve algunos de los rasgos más importantes de la reserva negativa de ley. No pretendemos, en todo caso, retomar un debate teórico sobre tal figura, sino informar, con cierto detalle, de un episodio altamente significativo de la etapa constituyente española. Entendemos que refleja con bastante nitidez las tensiones ideológicas presentes, la plasmación de sistemas divergentes en los debates iniciales y la progresiva decantación del modelo español hacia un reconocimiento pleno de la centralidad parlamentaria.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ACTAS «Las actas de la ponencia constitucional». *Revista de las Cortes Generales*, nº 2, 1984, pp. 251-419.
- ARAGÓN REYES, Manuel. «La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones parlamento-gobierno». En: RAMÍREZ, Manuel (ed.). *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*. Barcelona: Labor, 1978, pp. 297-315.
- BARRAT I ESTEVE, Jordi. *La reserva reglamentaria*. León: Universidad de León, 1999.
- CARRO, José Luis. «El poder normativo del Gobierno en el borrador constitucional». *El País*, 8 de diciembre de 1977, p. 7.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco. «¿Existen reglamentos autónomos en el derecho español?». *Revista de Administración Pública*, nº 62, 1970, pp. 9-34.
- CONSTITUCIÓN, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Cortes Generales/Servicio de Estudios y Publicaciones, 1980, 4 vols.
- DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.
- DÍEZ MORENO, Fernando. «La reserva reglamentaria y la Constitución española». En: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979, pp. 619-647.
- EL PAÍS. 6 de octubre de 1977, p. 15.
- FERNÁNDEZ-CARVAJAL, Rodrigo. «La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España». *Revista de Estudios Políticos*, nº 169-170, 1970, pp. 63-77.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. «Ley y reglamento en España». *Revista de Administración Pública*, 1968, pp. 81-140.
- . *Ley y reglamento en el derecho público occidental*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971.

- GALLEGO ANABITARTE y DE MARCOS FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo*. T. I. *Materiales*. 2ª ed. Madrid: s.e., 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón, FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 7ª ed. Madrid: Civitas, 1995.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Ariel, 1988.
- GARRIDO FALLA, Fernando. «Las fuentes del derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución». En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, pp. 29-49.
- GARRORENA MORALES, Ángel. *El lugar de la Ley en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- GÓMEZ-FERRER MORANT «La potestad reglamentaria del gobierno en la Constitución». En: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979, pp. 111-135.
- GÓMEZ-FERRER MORANT y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución». *Revista de Administración Pública*, 1978, pp. 161-204.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Los controles de la legislación delegada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel. *Memorias de estío*. Madrid: Temas de Hoy, 1993.
- NÚÑEZ-VILLAVEIRAN y OVILO, Ramiro. «Delegaciones y autorizaciones legislativas en la Constitución». En: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Instituto de Estudios Fiscales/Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1979, pp. 1521-1566.
- PARDO FALCÓN, Javier. *El Consejo constitucional francés*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia. «La ley y el reglamento en el derecho constitucional francés». *Revista de Estudios Políticos*, nº 106, 1999, pp. 179-229.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La elaboración de la Constitución de 1978*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- TRÉMEAU, Jérôme. *La réserve de loi. Compétence législative et constitution*. (Col. «Droit Public Positif»), Paris / Aix-en-Provence: Economica / PUAM, 1997.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis. *Centralidad del Parlamento, delegación legislativa y posibilidades de control*. Madrid: Dykinson, 1999.