

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO

Carlos de Solís y Montes
Capitán Auditor

1. INTRODUCCIÓN

Conforme al artículo 97 de la Constitución-, «*El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes*».

Con carácter previo al análisis jurídico de la atribución constitucional de la potestad reglamentaria al Gobierno, y a tenor del nuevo desarrollo legal sobre la materia, debieran fijarse los conceptos de «*Gobierno*» y «*potestad reglamentaria*», de forma tal que puedan determinarse los límites subjetivos y objetivos en el ejercicio de dicha atribución constitucional. Cuestión conceptual que, como se tratará de exponer a lo largo de las siguientes reflexiones, comenzó a suscitar cierto grado de controversia entre la doctrina científica, a raíz de la promulgación de la Constitución Española de 1978 (si bien hay que reconocer que en grado mínimo, al menos hasta la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. y por las afirmaciones que en su exposición de motivos se formulaban, como se indicará).

2. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO. SU DESARROLLO LEGAL

En cuanto a lo que la Constitución denomina «*Gobierno*» debe establecerse, en primer lugar, que el concepto ha experimentado un profundo cambio en referencia a la concepción jurídica dimanante del Régimen político anterior. Ya, de entrada, la rúbrica del Título IV de la Constitución habla- «*Del Gobierno y de la Administración*» (1), con lo que parece

(1) Concepción recogida, y seguida por gran parte de la doctrina administrativista, por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ en su «*Curso de Derecho*

apuntar a dos instituciones del Estado que se diferencian y que, sin embargo, están íntimamente relacionadas entre sí. Con ello, se comenzó a revisar la concepción piramidal integrada de la Administración, propia de un Estado unitario fuertemente centralizado, en cuya cúspide y como parte integrante de la misma se situaba, no sólo ya al Gobierno de la Nación, sino también al Jefe del Estado. Visión ésta que cristalizaba en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, cuyo Título Primero se denominaba: «*De la personalidad jurídica y órganos de la Administración del Estado*», recogiendo en su artículo 1.º la concepción piramidal señalada: «*La Administración del Estado constituida por órganos jerárquicamente ordenados...*», y situando, su artículo 2.º, en la cúspide de la misma al Jefe del Estado y al Gobierno: «*Los órganos superiores de la Administración del Estado son: el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros*», Asimismo, el Título II de dicha Ley, denominado «*De la competencia de los órganos de la Administración Central*», regulaba, como parte integrante de aquella, en su Capítulo Primero, las competencias: «*Del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno*», en su Capítulo II, las «*Del Presidente del Gobierno y de los Ministros*», y en su Capítulo III, las «*De los Subsecretarios, Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos*».

El articulado del Título IV de la Constitución, si bien no está formalmente dividido en Capítulos, (lo que refuerza la conexión entre ambos entes que su titulación diferencia), puede separarse, a los efectos distinti-

Administrativo» Vol.I, 4.ª ed. reimpresa, 1987. Madrid. Ed. Civitas, págs.192 y ss. Así, ad ex., y desde la perspectiva del desarrollo legal preconstitucional vigente que se seguía manteniendo de los arts. 98.2 y 103.2 de la Constitución, GUAITA MARTORELL («*Las Otras Administraciones del Estado*» Vol.I, en Gobierno y Administración en la Constitución, 1988. Madrid. Ed. IEF, pág.864), expone que el Gobierno y la Administración: «*son menos separables que distintos, y aún debe añadirse que no siempre son diferentes, pues si bien es verdad que el Gobierno... está fuera de y sobre la Administración, a la cabeza de ésta, también lo es que forma parte verdadera de la propia Administración que dirige, que constituye su cabeza*». MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ («*Reserva y autorreseva legales en materia de organización de la Administración del Estado*», RAP n.º 92,1980, pág.191), indica que el ejercicio por el Gobierno de funciones políticas o legislativas, no altera su naturaleza de cabeza de la Administración. Por contra, otros autores, siguiendo una corriente doctrina sobre la materia minoritaria hasta la fecha, han cuestionado la concepción vertical e integral de la Administración, o han resaltado la distinción entre los conceptos de Gobierno y Administración; ad ex., DE LA MORENA («*El Gobierno en la Constitución: sus claves conceptuales*» Vol.II, en Gobierno y Administración en la Constitución, pág. 1231), afirma que: «*El Gobierno no es la Administración, pues nadie puede ser dirigente y dirigido por sí mismo*».

vos apuntados, en dos partes- la primera, que abarcaría los artículos 97 a 102, se centra en la regulación del Gobierno como órgano constitucional que ejerce sus funciones «*de acuerdo con la Constitución y las leyes*» (art. 97), en su composición y estatuto básicos, formación, nombramiento y responsabilidad criminal, y la segunda, que iría de los artículos 103 al 107, trata de la Administración como organización servicial que actúa- «*con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho*» (art. 103) (2), y cuyos órganos, dentro de la Administración del Estado, son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

Sin embargo, y a pesar de la separación señalada, la Constitución no fija taxativamente cuál es la composición del Gobierno (si bien establece expresamente los miembros que han de formar parte siempre del mismo), ni qué órganos integran la Administración del Estado, sino que en ambos casos se remite a la ley dejando, por lo tanto, apuntada la diferencia pero sin determinarla, con lo que el marco jurídico distintivo deberá ser definido por el legislador. Sólo así, a mi juicio, pudo seguir vigente, hasta fechas recientes, la estructura organizativa preconstitucional de la Administración, con la salvedad de la figura del Jefe del Estado que, conforme al artículo 56 de la Constitución, es inviolable e irresponsable, pero sin que siquiera formalmente, se procediera a la modificación del artículo 2 de la Ley de 1957 (3).

Después de la aprobación del texto constitucional, el primer paso legislativo que tímidamente se dio para la diferenciación del Gobierno y de la Administración del Estado fue la Ley 10/1983, de 16 agosto, de Organización de la Administración Central del Estado, al organizar en el

(2) La diferenciación entre las limitaciones normativas de los campos de actuación respectivos del Gobierno y de la Administración tiene también su importancia, ya que el primero, al configurarse como un órgano constitucional con una serie de funciones establecidas por dicha Norma, debe sujetarse en el ejercicio de las mismas a los límites marcados por la propia Constitución, y al mismo tiempo, al ser el órgano detentador de la potestad reglamentaria, y por lo tanto conformador del Ordenamiento jurídico, tiene su límite de actuación en la ley, pero no en el reglamento, al que puede modificar o derogar. Por el contrario, la Administración, que no tiene funciones específicas constitucionalmente atribuidas, debe actuar dentro de los límites que le señale no sólo la ley, sino también el reglamento.

(3) No obstante, este artículo debe entenderse parcialmente derogado, en cuanto a la Jefatura del Estado, en virtud de la disposición derogatoria de la Constitución. En este sentido, vid. Luis LÓPEZ GUERRA y otros. «Derecho Constitucional» Vol.II, 21 ed, Valencia, 1994. Ed. *Tirant lo blanch*. pág. 140. Igualmente, vid. Fernando GARRIDO FALLA y José M^a FERNÁNDEZ PASTRANA. «Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992)». Madrid, 1993. Ed.

apartado 2 de su artículo 1 dicha Administración Central a partir de los Departamentos Ministeriales, cuyos órganos superiores son, conforme al artículo 8, los Ministros, los Secretarios de Estado (figura introducida por el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio), los Subsecretarios y los Secretarios Generales con rango de Subsecretario. No obstante, en el apartado 1 del artículo 1 se atribuye al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar del Estado, y de los artículos 2 a 7 se regulan las competencias del Presidente del Gobierno, Vicepresidente, Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno y Comisión General de Subsecretarios, sin que por otra parte se derogue expresamente o se modifique la Ley de 1957, con lo cual, si bien quedaba legalmente apuntada la diferencia que la Constitución parecía establecer entre ambas entidades, continuaba siendo válida la concepción doctrinal que situaba en la cúspide de la Administración al Gobierno de la Nación.

Con posterioridad, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (cuyo artículo 2 delimita el concepto de «Administraciones Públicas», configurando su actual diversidad e introduciendo legalmente por vez primera el término «Administración General del Estado» establece en su artículo 3.3 que: «Bajo la dirección del Gobierno de la Nación... la actuación de la Administración Pública... se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico», pero sin determinar qué órganos integran el «Gobierno de la Nación», ni cuáles la «Administración General del Estado» (en razón de que dicha distinción no constituye su objeto de regulación), ni derogar el marco organizativo establecido por la legislación anterior (4).

Finalmente, y tras varios intentos fallidos, se han aprobado dos leyes, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la

(4) Ahora bien, y como pone de manifiesto Fernando GARRIDO FALLA, op. cit. *ut supra*, págs. 30 y ss., al analizar el posible renacimiento del acto de gobierno, la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 establece que: «La Constitución... en su Título IV. configura al Gobierno de la Nación como un órgano eminentemente político que dirige la Administración y ejerce la potestad reglamentaria», y que: «El artículo 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción (la del Régimen anterior que reducía al Gobierno al órgano superior en el que culmina la Administración del Estado), y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar. Se perfilan así con nitidez, los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno».

Administración General del Estado, y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. En dichos textos legales, que derogan expresamente las leyes de 1957 y de 1983 sobre la materia, se culmina la diferenciación apuntada en el Título IV de la Constitución, así como la concepción instrumental de la Administración Pública, que queda configurada como una organización del Estado puesta al servicio de los intereses generales, jerarquizada en órganos y unidades administrativas y subordinada al Gobierno, que es el órgano constitucional que la dirige.

El Gobierno, que conforme al artículo 2 de la Ley 50/1997 se compone del Presidente, Vicepresidentes y Ministros, y que actúa sus competencias, bien a través de los órganos unipersonales que lo integran, o bien como órgano colegiado articulado en el Consejo de Ministros y en las Comisiones Delegadas del Gobierno, además de la dirección de la Administración civil y militar del Estado y del ejercicio de la potestad reglamentaria (actuaciones que, ordinariamente, quedarán bajo el control jurisdiccional), dirige la política interior y exterior y la defensa del Estado (en cuyo desarrollo estará sujeto, normalmente, al control político de las Cortes Generales), y ejerce la función ejecutiva y la potestad legislativa delegada y extraordinaria (funciones éstas últimas en las que se sujeta al control inmediato de las Cortes y el Congreso, respectivamente, y al control mediato del Tribunal Constitucional).

Asimismo, el Gobierno cuenta para el cumplimiento de sus funciones con una serie de órganos de colaboración y apoyo, unos de carácter administrativo, como los Secretarios de Estado y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios (si bien esta última no se define legalmente como tal órgano administrativo colegiado), y otros de carácter político y técnico, como el Secretariado del Gobierno y los Gabinetes de los distintos órganos unipersonales del Gobierno y de los Secretarios de Estado.

Por su parte, la Administración General del Estado (denominación introducida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como ya se ha expuesto, y que es más concreta y acertada que la de «*Administración Central del Estado*», utilizada por la Ley 10/1983, o la de «*Administración del Estado*» utilizada por la Ley de 1957 (5) , que conforme al Título II de la Ley 6/1997, de 14 de abril, se divide en órganos

(5) Vid Ramón PARADA. «*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*». Madrid, 1993. Ed. «*Marcial Pons*», págs. 22 y ss.

centrales y en órganos territoriales, se estructura, en cuanto a los primeros, en Ministerios, cada uno de los cuales comprende, a su vez, uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de la actividad administrativa.

Igualmente, conforme al artículo 6 de la Ley 6/1997, la organización central de la Administración General del Estado está integrada por los órganos superiores, que son los Ministros y Secretarios de Estado, los órganos directivos, que son los Subsecretarios, Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y Subdirectores Generales (salvo estos últimos, todos los anteriores con la condición de alto cargo), y las unidades administrativas, que son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas, según el artículo 7 de la Ley, y que pueden tener la consideración de órganos administrativos si producen efectos frente a terceros o actúan preceptivamente, conforme al artículo 8. Las Unidades, finalmente, comprenden a los puestos de trabajo o dotaciones de plantilla.

Por lo tanto, la Administración General del Estado, que además de a los órganos centrales, comprende a los territoriales, es una organización servicial, diferente y subordinada al Gobierno, que desarrolla funciones ejecutivas de carácter administrativo, según el artículo 2 de la Ley 6/1997 y que, no obstante su diferenciación con el Gobierno, presenta íntima conexión con éste. Conexión que se concreta a través de la figura de los Ministros que, siendo miembros del Gobierno y, como tales formando parte de un órgano constitucional cuyas funciones van más allá de las meramente administrativas (6), son también órganos administrativos superiores, titulares y Jefes del Departamento, tal y como expresamente pone de manifiesto el artículo 12 de la Ley. En consecuencia, la naturaleza jurídica de la figura del Ministro es doble: como miembro del Gobierno, actúa ya individualmente, o ya colegiadamente en el seno del Consejo de Ministros o de las Comisiones Delegadas, como un órgano constitucional del Estado, como cúspide de la Administración General

(6) Tanto colegiadamente, a través del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas, en las que, ad ex., aprueban Reales Decretos-Leyes o declaran los estados de excepción, como individualmente, cuando, ad ex., refrendan actos del Rey. A este respecto, LÓPEZ GUERRA, op. cit. *ut supra*, pág. 150, y con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes, ya expresaba esta dualidad en la naturaleza jurídica de la figura de los Ministros. Igualmente, la Exposición de Motivos de la LOFAGE establece que: «Los Ministros, miembros del Gobierno y titulares del máximo órgano de la Administración General del Estado, constituyen pieza básica de esta Ley».

del Estado, actúa siempre como órgano superior, unipersonal y administrativo.

Conexión que, igualmente y en una cadena decreciente, se revela en la figura del Secretario de Estado, que se configura, en el artículo 7 de la Ley del Gobierno y en los artículos 6 y 14 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como un órgano puramente administrativo, superior de la Administración General del Estado, y que, en concreto, la Ley 50/1997 contempla como órgano administrativo de colaboración y apoyo al Gobierno, pese a poder formar parte de las Comisiones Delegadas, y a la posibilidad de su asistencia a las reuniones del Consejo de Ministros (conforme los artículos 5 y 6 (7)).

En conclusión, el esquema organizativo y de relación entre el Gobierno y la Administración General del Estado que se deriva de la legislación que ha entrado en vigor parece que, en principio, se adapta mejor a las normas constitucionales sobre la materia que la legislación anterior, conllevando importantes consecuencias respecto al tema de la potestad reglamentaria, como se tratará de examinar más adelante.

Por último, debiera mencionarse, aunque sea someramente, que el término genérico «*Administración Pública*» al que alude el artículo 103 de la Constitución, hace referencia no sólo a la Administración General del Estado (ya sea ésta en su organización central, o territorial, o exterior, ya en su organización institucional), sino también a las Administraciones Autonómicas, a las Administraciones Locales y a las institucionales tuteladas por alguna de las anteriores(8). En este sentido, del concepto cuasi-unitario de Administración Pública del que se partía en la articulación preconstitucional del Estado, constituida por una Administración del Estado fuertemente centralizada, las Administraciones de la Corporaciones Locales y la Institucional, se ha pasado a un concepto fuertemente diversificado y descentralizado de Administraciones Públicas, recogido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución y desarrollado en los primeros títulos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, propio de un Estado compuesto en el que gozan de autonomía legislativa (de la que se deriva la autonomía administrativa), no sólo el Estado, sino

(7) La Exposición de Motivos de la propia Ley del Gobierno establece, respecto de esta figura «*se opta por potenciar su status y su ámbito funcional; sin llegar a incluirlos en el Gobierno. Serán órganos muy cualificados del Gobierno, ... lo que les convierte, junto con los Ministros, en un engarce fundamental entre el Gobierno con la Administración*».

(8) Vid. Ramón PARADA. Op. cit. *ut supra*, págs. 48 y ss.

también las entidades territoriales superiores que lo componen, es decir, las Comunidades Autónomas (y ahora también, las Ciudades Autónomas), y que mantienen sus relaciones de colaboración bajo de los principios de competencia y coordinación (9).

3. EL CONCEPTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Una vez delimitado el sujeto activo titular de la potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico actualmente vigente, y diferenciado de la organización servicial que actúa bajo su dirección (por mor de la concepción política del Estado unitario fuertemente centralizado reflejada en la legislación preconstitucional), conviene fijar el concepto de dicha potestad, y sus limitaciones, tanto subjetivas como objetivas, materiales y formales.

Es el artículo 97 de la Constitución el que atribuye al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria. Sin embargo, y tal vez por la configuración legal preconstitucional vigente hasta fechas recientes, gran parte de la Doctrina, sobre todo la administrativista, ha estudiado el fenómeno de la potestad reglamentaria dentro del análisis general de la atribución de potestades, como una de las consecuencias del mecanismo del principio de legalidad en la actuación administrativa (10). Dado que los órganos superiores de la Administración eran el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros, de los cuales dependían todos los demás órganos y autoridades administrativas, según el artículo 2 de la Ley de 1957, y que tras la entrada en vigor de la Constitución este esquema organizativo seguía vigente, era lógico que la atribución del ejercicio de la potestad reglamentaria que el art. 97 efectuaba al Gobierno se refiriera y estudiara como tema propio de la Administración General del Estado. Así, se extendía el ejercicio de la potestad reglamentaria a toda la Administración, si bien con carácter derivado respecto a los órganos inferiores al Gobierno, reformándose esta idea con el artículo 23 de la misma ley, que establecía el principio de jerarquía normativa de las disposiciones administrativas de carácter general, desde los Reales Decretos hasta las disposiciones de autoridades y órga-

(9) Vid. nota *ut supra*, págs. 61 y ss.

(10) Así, Ramón PARADA, op. cit. *ut supra*, en su nota 24, pág. 22; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA op. cit. *ut supra*, págs. 420 y ss., etc.

nos inferiores a los Ministros, predicando la juricidad de éstas últimas disposiciones» (11).

Así, GARCÍA DE ENTERRÍA(12), por ejemplo, configuraba el concepto jurídico de potestad reglamentaria como aquel poder en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos, con lo que ésta no es sólo sujeto de Derecho, sino que tiene la capacidad de formar su propio ordenamiento y aún el de los demás. Y este poder es atribuido por la Constitución al Gobierno, que forma parte de la Administración, por lo que la potestad reglamentaria es una potestad administrativa, y como tal está sujeta al control jurisdiccional ordinario, al mismo nivel que la legalidad de los actos administrativos.

Sin embargo, y como ya se ha apuntado antes, el nuevo desarrollo legal que del Título IV de la Constitución se ha llevado a cabo, en cuanto a los aspectos organizativos y estructurales del Gobierno y de la Administración General del Estado, ha supuesto, a mi juicio, un cambio sustancial en la perspectiva del análisis que del mencionado artículo 97 debe hacerse, puesto que el Gobierno, legalmente, ya no forma parte de la Administración, sino que es el órgano constitucional que ad extra la dirige. Es un sujeto de Derecho distinto, con trascendencia constitucional (al igual que las Cortes Generales, o el Tribunal Constitucional, o el Poder Judicial), que entre otras funciones (unas de tipo legislativo, otras de tipo ejecutivo y otras de tipo político) ejerce también funciones administrativas, precisamente para la dirección de la Administración y para atender a los intereses generales.

Por lo tanto, el ejercicio de la potestad reglamentaria, con la matización que se expondrá más adelante, viene diferido sin duda legal alguna al Gobierno y no ya a la Administración General del Estado que, como igualmente se tratará, tiene una potestad normativa y organizativa que no es identificable con la reglamentaria y que, por lo tanto, no forma parte ni integra el ordenamiento jurídico.

En definitiva y teniendo en cuenta lo expuesto, se puede definir la potestad reglamentaria del Gobierno como el poder jurídico que la Constitución y las leyes que la desarrollan sobre la materia, atribuye al

(11) Sobre su juricidad la afirma Alfredo GALLEGO ANABITARTE «*Constitución española de 1978*». Tomo VIII, en Comentarios a las leyes políticas dirigidos por Óscar Alzaga. Madrid, 1985. Ed. *Revista de Derecho Privado*, pág. 88. En contra de la misma, GARCÍA DE ENTERRÍA op. cit., pág. 195.

(12) Op. cd. *ut supra*, en pág. 184.

Gobierno para dictar normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico español, en ejecución y desarrollo de leyes, o para regular materias que no estén reservadas a la ley (13).

4. LOS LÍMITES SUBJETIVOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y SU DISTINCIÓN DE LA POTESTAD ORGANIZATIVA

La potestad normativa del Estado, como uno de los elementos configuradores de su existencia e, incluso, como el elemento característico de la definición de Estado según la teoría Kelseniana del Derecho (14), se manifiesta en el poder de configurar unas reglas de convivencia para una sociedad determinada y en un territorio concreto, revestidas de las características de eficacia, obligatoriedad y coercibilidad (15). Y dicha potestad normativa tiene una doble proyección, en cuanto que es configuradora del ordenamiento jurídico: la potestad legislativa y la potestad reglamentaria. El ejercicio de la primera corresponde, de manera originaria y según el artículo 66.2 de la Constitución, a las Cortes Generales, si bien el Gobierno tiene también una potestad legislativa derivada de la delegación que efectúan las Cortes, ex artículo 82, y provisional, ex artículo 86 de la Constitución. El ejercicio de la segunda corresponde, de manera exclusiva en el ámbito estatal (16), al Gobierno de la Nación, conforme al artículo 97 del mismo texto.

Y, al contrario de lo que ocurre con la potestad legislativa, la reglamentaria es exclusiva del Gobierno porque ni la Constitución ni la legislación en vigor sobre la materia establecen la posibilidad de su delegación. Antes, al contrario, el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de

(13) No obstante, este concepto no quiere decir que el Gobierno no siga estando sujeto al control jurisdiccional en el ejercicio de esta potestad, ya que así lo expresa tanto los arts. 6 y 8 de la LOPJ, como el art. 1.1 de la todavía vigente LRJCA, a la que se remite el art. 26.3 de la Ley 5011997.

(14) Vid. Ángel LATORRE. «Introducción al Derecho» 2ª ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1985, págs. 199 y ss. En el epígrafe: «El positivismo de H. Kelsen. La Teoría pura del Derecho» resalta la idea de Kelsen que rechaza cualquier distinción entre Estado y Derecho, ya que el Estado no existe como entidad distinta del Derecho, y es la personalización del orden jurídico. Igualmente, vid. Elías DÍAZ «Sociología y Filosofía del Derecho». 2ª ed. Madrid. Ed. Taurus, págs. 337 y ss.

(15) Vid. Elías DÍAZ, op. cit. *ut supra*, págs. 22 y ss.

(16) No obstante, se debe tener en cuenta que la Constitución y las leyes reconocen a ciertos órganos constitucionales la potestad reglamentaria en su ámbito organizativo interno, ad ex, el Tribunal Constitucional, conforme al art. 2.2 de la Ley Orgánica 2/1979.

noviembre, limita en su apartado 2.b) la posibilidad de delegar competencias relativas a la adopción de disposiciones de carácter general. Es decir, que los órganos administrativos, sean ya superiores o directivos, no pueden dictar por delegación reglamentos.

Siguiendo este razonamiento, cuando el artículo 105 de la Constitución establece en su letra a) que la ley regulará la audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de la elaboración de las disposiciones administrativas que les afectan, se está refiriendo única y exclusivamente, como se expondrá en los límites objetivos de la potestad, al procedimiento para la elaboración de los reglamentos regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno, ya que son disposiciones generales administrativas, pero no al procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales administrativas dictadas por órganos administrativos distintos del Ministro.

Por lo tanto, el único órgano del Estado que, con carácter general, tiene reconocido el ejercicio de la potestad reglamentaria del Estado es el Gobierno y no la Administración General. Y así, el artículo 23 de la Ley 50/1997 positiviza con claridad y rango legal que: *«El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de acuerdo con la Constitución y las leyes»*, en su apartado 1 y en una formulación similar a la constitucional, y que: *«los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía: 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros. 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial»*, en su apartado 3. Por último, recoge este mismo artículo en su apartado 4 el principio de la indelegabilidad singular de los reglamentos. Al establecer el mencionado apartado 3 la jerarquía reglamentaria como *numerus clausus* y al no encontrar en la Ley 6/1997, a excepción de la figura del Ministro, precepto que hable de potestad reglamentaria alguna, ya sea delegada o propia, unido al ya citado artículo 13.2 de la Ley 30/1992, se puede concluir que la competencia para el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde, en exclusiva, al Gobierno, por lo que es éste órgano constitucional el que, actualizando las palabras de García de Enterría, tiene la capacidad de formar el ordenamiento jurídico.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que haya desaparecido la potestad normativa de la Administración General del Estado puesto que,

(17) Es una lista numerada y cerrada que utiliza el tiempo verbal en forma imperativa y, por lo tanto, configura un precepto imperativo.

de una parte, los Ministros, además de formar parte del Gobierno y como tales, de desarrollar funciones de relevancia constitucional y política (ya sea como miembros del Consejo de Ministros o de las Comisiones Delegadas, con las competencias políticas, legislativas y organizativas de los artículos 5 y 6 de la Ley del Gobierno, ya como órganos unipersonales del Gobierno, con las competencias del artículo 4 de la citada ley), son como se ha escrito antes, órganos superiores de la Administración General del Estado y como tales también ejercen la potestad reglamentaria en materias propias de su Departamento (según el artículo 4.2 de la Ley 50/1997), y en los términos previstos en la legislación específica (según el artículo 12.2.a) de la Ley 6/1997). De otra parte, los restantes órganos superiores y directivos de los Departamentos Ministeriales tienen reconocido, bien expresamente, bien de forma inherente al desarrollo y ejecución de las competencias que tienen atribuidas, una potestad normativa interna que está relacionada con la potestad organizatoria propia de la Administración.

Así, a los Secretarios de Estado, conforme al artículo 14.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, les corresponde ejercer las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección, supervisando la actividad de los órganos directivos adscritos e impartiendo instrucciones a sus titulares; los Subsecretarios, según el artículo 15.1.d) de la misma ley, proponen las medidas de organización del Ministerio y dirigen el funcionamiento de los servicios comunes a través de las correspondientes instrucciones u órdenes de servicio; los Directores Generales, conforme al artículo 18.1.d) impulsan y supervisan las actividades que forman parte de la gestión ordinaria del órgano directivo, velando por el buen funcionamiento de los órganos y unidades dependientes.

Pero este poder normativo de los órganos administrativos (a excepción del Ministro), no conlleva el poder de creación de normas jurídicas que se integran en el ordenamiento jurídico (18). Por ello, el artículo 21 de la Ley 30/1992 establece como criterio general y a sensu contrario, la no publicación de las instrucciones y órdenes de servicio «*Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda*». Es decir, que frente a las disposiciones legales y reglamen-

(18) Vid. nota 11 *ut supra*.

tarias que siempre deben publicarse para su entrada en vigor y que, además, han de hacerlo en el Boletín Oficial del Estado (ex artículo 91 de la Constitución, artículo 2 del Código Civil, y 24.4 de la Ley del Gobierno), las disposiciones generales administrativas sólo se publicarán en dichos supuestos, bastando en los restantes casos su comunicación para su validez. Igualmente, el apartado 2 del mismo artículo 21 establece que el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, al contrario de lo que sucede con la contravención de los reglamentos, que determina por sí sola la nulidad (ya sea absoluta o ya relativa) del acto administrativo, según lo dispuesto en el mencionado artículo 23.4 de la Ley del Gobierno. En palabras de García de Enterría, reforzadas por el nuevo marco legal vigente, estas disposiciones normativas no son verdaderas normas jurídicas relevantes para terceros; son simples órdenes jerárquicas para los funcionarios (aunque generales), pero no alcanzan a constituir o innovar el ordenamiento jurídico, vinculando sólo a los órganos administrativos que dependen del que las dicta, pero careciendo de valor normativo propio para los ciudadanos y los Tribunales (19).

A estas conclusiones podría oponerse, en principio, el artículo 52 de la Ley 30/1992 que determina la necesidad de publicación de las disposiciones administrativas para que produzca efectos jurídicos y la inderogabilidad singular de dichas disposiciones. Pero, además de tener en cuenta que esta ley es previa a la culminación del nuevo esquema legal organizativo de la Administración General del Estado y de su distinción con el Gobierno, operando una interpretación sistemática del precepto, no ha lugar a apreciar contradicción entre el precepto aludido y la concepción de la potestad normativa de la Administración expuesta. Y ello porque el Ministro, cuando ejercita la potestad reglamentaria, debe publicar su disposición en el Boletín Oficial del Estado (artículos 2 del Código Civil y 24.4 de la Ley del Gobierno); pero cuando ejercita su potestad organizativa interna, puede publicar la disposición en su diario departamental (20), siempre que se persiga producir efectos jurídicos, afirmación ésta exten-

(19) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. *ut supra*, pág.195.

(20) Así, ad ex., existen innumerables órdenes Ministeriales e Instrucciones publicadas en el Boletín Oficial de Defensa y no en el del Estado. En este sentido, GARRIDO FALLA, op. cit. *ut supra*, pág. 89, entiende que, después de la Constitución, los Ministros han perdido la facultad de dictar reglamentos independientes, a no ser en materia de organización interna, y que, como regla, se exige una previa ley habilitante.

sible a los restantes órganos administrativos. Y respecto a la inderogabilidad singular de las disposiciones administrativas, es un reflejo en el ámbito de la Administración de la inderogabilidad singular de los reglamentos, y una consecuencia del principio de jerarquía normativa.

Como conclusión a este epígrafe, se puede establecer que el sujeto titular del ejercicio de la potestad reglamentaria es el Gobierno, y dentro de éste, corresponde al Presidente del Gobierno (ex artículo 23.3 de la Ley del Gobierno), al Consejo de Ministros (ex artículos 23.3 y 5.1.h) de la misma ley, referido este último a los *reglamentos intra legem, secundum legem y praeter legem*) y a los Ministros (ex art. 23.3 y 4.1.b) de dicha ley, y 12.2.a) de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, referido estos dos últimos a los reglamentos *praeter legem* y, con habilitación expresa de la ley, a los *intra y secundum legem*, así como con habilitación expresa del Gobierno, en ejecución y en desarrollo de un reglamento del Consejo de Ministros).

5. LÍMITES OBJETIVOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: MATERIALES Y FORMALES. EL PROCEDIMIENTO REGLAMENTARIO

A pesar de que la nueva legislación sobre la materia pueda suponer un cambio sustancial en el enfoque doctrinal sobre el concepto jurídico de lo que hasta el momento de su entrada en vigor se entendía por Gobierno y su relación con el concepto de Administración General del Estado y, en consecuencia, sobre los límites subjetivos de la potestad reglamentaria, poca variación ha significado dicha legislación respecto de los límites objetivos al ejercicio de esta potestad, y a la relación entre la ley y el reglamento.

No obstante, y aunque sea de manera sucinta y colateral con el tema examinado, sí se puede decir que la distinción entre ambos conceptos (Gobierno y Administración), debe entrañar una revisión del estudio y planteamiento doctrinal de las relaciones entre la ley y el reglamento, dentro de las que un importante sector doctrinal sitúa la legislación delegadas (21). Y ello porque al concebirse el Gobierno como un órgano constitucional situado por encima de la Administración General, su iniciativa legislativa y el ejercicio de su potestad legislativa trascienden a la acti-

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. *ut supra*, págs. 250 y ss.

vidad administrativa del mismo y no presentan conexión con el ejercicio de la potestad reglamentaria más allá de la existente por tener su origen en un mismo sujeto, que ya no pertenece a la Administración. Es decir, que ya no se podría sostener que la delegación legislativa entraña una alteración de las relaciones entre ambos productos normativos, toda vez que, por ordenarlo así la Constitución, el Gobierno concebido como órgano constitucional, tiene reconocido además del ejercicio de la potestad reglamentaria, cuyo producto está constituido por normas con rango reglamentario, el ejercicio de la potestad legislativa, cuyos productos resultantes, y con los límites constitucionalmente establecidos, se constituyen por normas con rango de ley.

Formulada esta observación, y siguiendo la tipología tradicional de los reglamentos en nuestra doctrina (22), sí puede sostenerse que la actual legislación ha supuesto pocos cambios en los límites objetivos del ejercicio de la potestad reglamentaria, esto es, en las relaciones que operan entre la ley y el reglamento. Así, en principio, siempre que la Constitución llame a la ley para regular una determinada materia, continuará operando el *principio de reserva material de ley* sobre la misma y el reglamento quedará excluido de su regulación. Igualmente, y en principio, siempre que, pese a que la Constitución nada diga sobre la regulación de una materia, ésta se regule por ley, quedará reservada desde entonces formalmente a la misma, quedando excluido por lo tanto el reglamento (principio de reserva formal).

Ahora bien, asentados los anteriores principios generales, debe procederse a las siguientes matizaciones, en cuanto a la potestad normativa del Gobierno:

- 1) Cuando la Constitución llama a regular determinadas materias por Ley Orgánica (ad ex., artículo 81.1), además de quedar excluidas de las mismas la potestad legislativa delegada y provisional del Gobierno (ex artículos 82.1 y 86.1), no podrán regularse mediante reglamentos independientes, o *praeter legem*, porque opera la reserva material de ley. Sin embargo, sí podrían regularse por medio de reglamentos *intra legem*, o de desarrollo y complemento de la Ley Orgánica, siempre que expresamente la ley habilite al Gobierno para su desarrollo (23), a excepción de los derechos y

(22) Vid. GALLEGO ANABITARTE, op. cit. *ut supra*, págs. 74 y ss.

(23) Discrepo en este punto de la posición sostenida por GALLEGO, op. cit., pág. 76, cuando dice que, respecto de las otras materias referidas en el art. 81.1 que no sean derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe admitir el reglamento *intra legem*, ya que

libertades de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, cuya regulación (en relación con el artículo 81.1 y conforme al artículo 53.1), deberá hacerse «sólo por ley». También podrán regularse dichas materias (incluidas las del artículo 53.1), mediante reglamentos *secundum legem* o de ejecución de la ley, salvo prohibición expresa de la misma y con autorización también expresa para las materias de derechos fundamentales y libertades públicas del artículo 53.1.

- 2) Cuando la Constitución llama a regular determinadas materias a la Ley ordinaria (*ad ex.*, el mencionado artículo 53.1, excepto los derechos fundamentales y libertades públicas), podrá operar la delegación legislativa del artículo 82 y muy limitadamente, la potestad legislativa provisional del gobierno (conforme al artículo 86.1); pero no podrán regularse dichas materias mediante reglamentos *praeter legem*, por el principio de reserva material. En cuanto a los reglamentos *intra* y *secundum legem*, hay que distinguir entre los derechos y deberes de la Sección Segunda del Capítulo II del Título I de la Constitución, a los que se aplican los mismos criterios que los expuestos para la Ley Orgánica («sólo por ley»), y las restantes materias, sobre las que sí cabrá regulación reglamentaria de desarrollo y de ejecución, salvo prohibición expresa (por el artículo 97 de la Constitución).
- 3) Cuando la ley entre a regular materias que la Constitución no ha reservado materialmente a normas de dicho rango, cabrá delegación legislativa y legislación provisional, pero no *reglamentos praeter legem* que, caso de existir con anterioridad a la ley, serán automáticamente derogados por ésta en lo que se le opongan, transformándose en la parte que continúen vigentes en reglamentos *intra* o *secundum legem*. Sí podrán regularse estas materias mediante reglamentos ulteriores *intra* y *secundum legem*, salvo prohibición expresa de la ley (24) y sin necesidad de habilitación expresa.
- 4) Por último, cuando exista una materia sobre la que la Constitución nada determine en cuanto a su regulación, y que la ley no haya previsto, podrá ser regulada mediante reglamentos *praeter legem*.

entiendo que su carácter orgánico no impide que la ley pueda llamar al reglamento para su desarrollo, sin que quepa apreciar válidamente tal prohibición en ninguna disposición constitucional.

(24) Vid. GALLEGO ANABITARTE, op. cit. *ut supra*, pág. 82; contra la voluntad de la ley no cabe aducir el artículo 97 de la Constitución, por el propio principio de reserva de ley.

En cuanto al procedimiento para la elaboración de los reglamentos recogido en el artículo 24 de la Ley del Gobierno opera, al igual que toda norma procedimental, como una garantía formal y, por lo tanto, como un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria. Asimismo, la nueva regulación (basada en los anteriores artículos 129 a 132 de la derogada Ley del Procedimiento Administrativo, pero con importantes variaciones conceptuales que restringen el campo de la potestad reglamentaria, coadyuvando a la distinción entre el Gobierno y la Administración, y así donde antes se trataba de: «*la elaboración de disposiciones de carácter general*», ahora se trata de: «*elaboración de los reglamentos*»), exige, para la entrada en vigor del reglamento, su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, a diferencia de la anterior regulación que sólo la exigía si se quería dotar de efectos jurídicos a las disposiciones de carácter general.

El artículo 24, formalmente separado del artículo 22 que regula la iniciativa legislativa del Gobierno (con lo que se refuerza la tesis sostenida de que no existen ya alteraciones en las relaciones entre la ley y el reglamento, sino que es el Gobierno como órgano constitucional el que unas veces ejercita sus potestades constitucionales para elaborar normas con rango de ley y otras veces para elaborar normas con rango de reglamento), establece los trámites que deben seguirse para la aprobación de un reglamento, desde su iniciación y hasta su publicación, de forma que su infracción puede determinar la nulidad de la norma, conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Finalmente, al haber sido derogadas expresamente por la disposición derogatoria, en su apartado 1.d), de la Ley del Gobierno, los artículos 129 a 132 de la Ley del Procedimiento Administrativo, y al no contemplar la Ley 6/1997 (ni, aún menos porque ya no es su materia, la Ley 50/1997), un procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general, estas normas han quedado, en cuanto a su elaboración, huérfanas de regulación legal, por lo que sólo mediante técnicas de autointegración del Ordenamiento jurídico, o bien mediante la aprobación ad hoc de normas reglamentarias sobre la materia, podrá fijarse un procedimiento para tales normas organizativas, ya que no les puede ser directamente aplicable el previsto en el artículo 24 de la Ley.

6. CONCLUSIÓN

Analizada la distinción que las nuevas Leyes 6 y 50/1997 han introducido en el antiguo concepto integral de la Administración, separando

formal y materialmente al Gobierno y la Administración General del Estado y diferenciando las competencias que les corresponden, primero en cuanto a tales entes distintos y después en cuanto a cada uno de los órganos que los integran, y residenciado nítidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria en el primero (distinguiéndolo de la potestad normativa y de la organizativa de la segunda), con sus limitaciones materiales y formales, restaría abundar en la aclaración, a modo de conclusión, de que dentro del ejercicio de dicha potestad, correspondería al Consejo de Ministros, por prescripción del artículo 5.1.h) de la Ley del Gobierno, la aprobación de los reglamentos *intra* y *secundum legem*, así como de los *praeter legem*, en tanto que los Ministros sólo tendrían, en principio, la facultad de dictar *reglamentos praeter legem* en materias propias de su Departamento, salvo habilitación legal expresa para los *intra* y *secundum legem*, conforme a los artículos 4.1.b) de la Ley 50/1997, y 12.2.a) de la Ley 6/1997.

BIBLIOGRAFÍA

- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-Ramón FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho Administrativo», Vol.I, ed. 4.ª, Civitas. Madrid, 1987.
- Alejandro NIETO: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales»; Javier DELGADO BARRIO: «Reflexiones sobre el artículo 106. 1: Controljurisdiccional de la Administración y principios generales del Derecho»; Javier BARCELONA LLOP: «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)»; Mariano BAENA ALCÁZAR: «Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español»; Pablo MENÉNDEZ GARCÍA: «Reflexiones constitucionales sobre la potestad de dirección en las relaciones administrativas interorgánicas». Todos estos trabajos en «Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría», Vol. III, ed. Civitas. Madrid, 1991.
- Luis LÓPEZ GUERRA y Pablo PÉREZ TREMPs: «Derecho Constitucional», Vol. II, ed. 2.ª, Tirant lo Blanch Libros. Valencia, 1994.
- Alfredo GALLEGO ANABITARTE Y Ángel MENÉNDEZ REXACH, Manuel ALBA NAVARRO, Antonio BAR CENDÓN, Miguel SATRÚSTEGUI, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, José ORTIZ DÍAZ, José Ramón PARADA VÁZQUEZ Y Aurelio GUAITA: «Constitución española de 1978», Tomo VIII, en «Revista de Derecho Público,

comentarios a las Leyes Políticas», ed. Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidos. Madrid, 1985.

Ramón PARADA: «*Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*», ed. Marcial Pons. Madrid, 1993.

Fernando GARRIDO FALLA y José María FERNÁNDEZ PASTRANA: «*Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas (un estudio de la Ley 30/1992)*», ed. Civitas. Madrid, 1993.

Fernando GARRIDO FALLA: «*Tratado de Derecho Administrativo*», Vol. I, cd. 10.^a, Tecnos. Madrid, 1987.

Alfredo GALLEGU ANABITARTE y Ana de MARCOS FERNÁNDEZ: «*Derecho Administrativo, I. Materiales*», ed. 2.^a. Madrid, 1990.

DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO DEL ESTADO: «*La Constitución española y las fuentes del Derecho*», Vol. III, ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979.

Ángel LATORRE: «*Introducción al Derecho*», ed. 2.^a, Ariel. Barcelona, 1985.

Elías DÍAZ: «*Sociología y filosofía del Derecho*», ed. 2.^a, Taurus. Madrid, 1983.