

RESERVA DE LEYES
POR
EMILIO TAFUR CHARUN

I

Quizás algunas de las frases más logradas escritas por García de Enterría en lo que se refiere a la voluntad general y a la santidad de la Ley, sean las siguientes:

En este contexto, García de Enterría (1981) enseña: La ley parlamentaria o formal, si se quiere, como producto de «la Convención» (expresión absoluta de la voluntad general), como el lugar donde se posa el Espíritu Santo o, en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que esta procura. Por otra parte, en ese asambleísmo, donde se funde el espíritu y las aspiraciones profundas del pueblo, está el arma revolucionaria por excelencia, el instrumento de reforma y de revulsión de la sociedad, lanzada sobre los privilegios y

sobre el egoísmo individual; la Asamblea, pues, y nadie por encima, es el órgano supremo de la justicia revolucionaria. «La volonté nationale —dijo SIEYÉS— n'a besoin que de sa reedité pour être toujours légale; elle est l'origine de toute l'égalité»; no hay Derecho alguno al margen de ella que pueda pretender imponerle cualquier Tribunal. Ella puede, por tanto, como no se privó de hacer, fundar el «despotismo de la libertad». (pp. 69-70) Es también García de Enterría (2004), quien, aludiendo a Rousseau, señala: [La ley] es la decisión del pueblo sobre todo el pueblo, obra de lo que él llamará, con término que hará gran fortuna, «la voluntad general», la cual ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales. (p. 126)

De otra parte, creemos, para efectos de marcar contrastes citar a José Antonio Primo de Rivera, quien en su discurso de fundación de la Falange Española (29 de

octubre de 1933) manifestó, entre otras cosas, que:

“(…) Cuando en Marzo de 1762 un hombre nefasto que se llamaba Juan Jacobo Rousseau, publicó «El contrato social», dejó de ser la verdad política una entidad permanente. Antes, en otras épocas más profundas, los Estados, que eran ejecutores de misiones históricas, tenían inscritas sobre sus frentes y aun sobre los astros, la justicia y la verdad. Juan Jacobo Rousseau suponía que el conjunto de los que vivimos un pueblo tiene un alma superior, de jerarquía diferente á cada una de nuestras almas, y que ese yo superior está dotado de una voluntad infalible, capaz de definir en cada instante lo justo y lo injusto, el bien y el mal. Y como esa voluntad colectiva, esa voluntad soberana, sólo se expresa por medio del sufragio —conjetura de los más que triunfa sobre la de los menos en la adivinación de la voluntad superior—, venía á resultar que el sufragio, esa farsa de las papeletas entradas en una urna de cristal, tenía la virtud de decirnos en cada instante

si Dios existía ó no existía; si la verdad era la verdad ó no era la verdad; si la Patria debía permanecer ó si era mejor que en un momento se suicidase (...). Como el Estado liberal fué un servidor de esa doctrina, vino á constituirse no ya en ejecutor resuelto de los destinos patrios, sino en el espectador de las luchas electorales. Para el Estado liberal sólo era lo importante que en las mesas de votación hubiera sentado un determinado número de señores; que las elecciones empezaran á las ocho y terminaran á las cuatro; que no se rompieran las urnas, cuando el ser rotas, es el más noble destino de todas las urnas". (...). No me importa nada. Nosotros no vamos á ir á disputar á los habituales los restos desabridos de un banquete sucio. Nuestro sitio está fuera, aunque tal vez transitemos de paso por el otro. Nuestro sitio está al aire libre, bajo la noche clara, arma al brazo, y en lo alto las estrellas. Que sigan los demás con sus festines. Nosotros, fuera, en vigilia tensa, fervorosa y segura,

ya presentimos el amanecer en la alegría de nuestras entrañas.”

El lector se preguntará legítimamente y entonces no sin justo motivo, el porqué de estas citas que no se vinculan necesariamente con la materia de que trata la presente entrega. Así, entendemos que la finalidad de tales citas obedece a incidir sobre cómo es posible que a lo largo del tiempo puedan existir visiones tan apodícticas y así poner de relieve cómo va evolucionando el derecho, lo que no es ajeno al caso de la “reserva de Ley”. Por ello, resulta oportuno citar a Santiago Muñoz Machado (11:2015) cuando sostiene que, “En la inmensa mayoría de las exposiciones doctrinales sobre la ley se usa para definirla un compendio de ideas y nociones que tienen raíces históricas perfectamente identificables pero que resultan radicalmente insuficientes para caracterizarla en la actualidad”.

Pero en la Historia una vez aparecida la idea de jerarquía y con ella la capacidad de dar reglamentos por parte de la

Administración, surge la temática de esta entrega. Esto es, al no poder el reglamento contravenir los mandatos de la Ley, ni poder modificarla, resultará de ello una reserva “absoluta” en lo que a materias reguladas previamente por la Ley o que en todo caso cuando son atribuidas por la Constitución. Sobre este asunto Muñoz Machado (13:2015) indica que “el principio de jerarquía resuelve muy bien la caracterización de la ley como norma superior en cuanto que empieza a desarrollarse la potestad reglamentaria de la Administración, porque, por un lado, crea un rango distinto para la norma reglamentaria, asegura, por otro, la primacía de la ley sobre ella y sanciona, en fin, con la invalidez a las normas inferiores que contradigan lo que la ley establezca”.

Pero en Alemania a fines del Siglo XIX empieza a gestarse y hacer su aparición la idea de la limitación del contenido regulatorio de la ley para impedir que desfigure la esencia de los derechos e instituciones que regula. Según Muñoz

Machado (15:2015), Carl Schmitt levanta la monumental construcción de la doctrina de la garantía institucional, que se plantea como un valladar a las pretensiones de omnipotencia de la ley que, hasta entonces, eran indiscutibles, en tanto que no había límite material de ninguna clase que pudiera oponerse a la decisión del legislador. ; los criterios los va elaborando la doctrina y la jurisprudencia desde finales del siglo XIX en el ámbito germánico, culminando con la importantísima Sentencia del Reichsgericht, de 5 de noviembre de 1925 y, en el plano constitucional, con lo que ya propone sobre el sistema «europeo» de justicia constitucional concentrada la Constitución austríaca de 1920, acompañada de las decisivas construcciones coetáneas de H. Kelsen.

II

Es así de esta manera que se va fraguando la teoría de la Ley. Ha transcurrido un largo lapso para llegar a donde estamos. Lo que queda claro es que la Ley alguna vez fue cabeza visible del ordenamiento para dar

luego pase al reglamento. Y ya con la idea de jerarquía en mente la Ley se hace más fuerte, pues la misma no puede ser contravenida por el reglamento. Ahora, es común que en algunos Estados existan más de un ordenamiento. Y ello activa un auténtico revulsivo en lo que a la operatividad de la relación internormativa se refiere. De esta manera, en el Derecho patrio, por ejemplo, y refiriéndonos solo a las normas con fuerza, rango o valor de Ley (normas primarias en general), podemos citar las siguientes fuentes: La Ley Orgánica, la Ley Ordinaria, el Decreto Legislativo, el Decreto de Urgencia, la Ordenanza Regional y la Ordenanza Municipal.

III

Adelantándonos un poco diremos que esta pluralidad de ordenamientos y en concreto en el caso de las normas primarias, existirán reservas que no hallen su razón de ser en el principio de jerarquía, como lo hemos

venido diciendo, sino también en los principios de competencia y función constitucional. Así, por ejemplo, una ley ordinaria no podrá regular sobre asuntos o materias que corresponden ser reguladas por una ordenanza regional, si es que así lo ha preceptuado la Constitución y las leyes que conforman el Bloque Constitucional (BC).

IV

Lo que queremos dejar en claro es que la reserva de Ley no solo se configurará en la relación Ley-Reglamento (Decreto Supremo). En este sentido y dada la existencia de una pluralidad de ordenamientos, existirán no una sino diversas reservas. Todo ello como efecto, reiteramos, del revulsivo que ha tomado forma no solo a través de la regionalización sino también a través de la descentralización en general. Estamos pues, no frente a una sola reserva privativa

de Ley. Estamos frente a una “legión” de reservas.

En suma, es de notar que en el escenario así descrito no será únicamente la jerarquía y sus variantes, sino también la idea de competencia, a la que haya que recurrir para dar solución a la antinomia de que se trate. Pretendiendo hablar en términos rigurosamente apropiados habrá que distinguir, siempre dentro del concepto de reparto de competencia, una modalidad que se refiere a materias (seguridad social, salud, educación) en contraste con otra modalidad que supondría el reparto “adjetivo”, por llamarlo de algún modo, y que se refiere a si estamos frente a las potestades de “legislación”, “reglamentación” o “ejecución”. Creemos en definitiva que en el tema de la relación entre “bases” y “desarrollo” estaremos frente a la figura competencial a la que hemos llamado “adjetiva”. Adelantamos que según nuestra perspectiva y en el caso del Derecho Patrio estaremos frente al reparto competencial de naturaleza “adjetivo”.

Finalmente, Martín Mateo (61:1981) nos pide que recordemos de nuevo a SANTI ROMANO y su comprensión precisamente del ordenamiento jurídico como organización en función de la capacidad de los grupos sociales para gobernarse. En este sentido entendemos que la autoadministración implica la posibilidad de producción de normas y ésta a su vez la de actuar conforme al derecho generado. Otra cosa será, y esto es lo que aquí nos preocupa, la articulación de los bloques ordinamentales entre sí, muy especialmente cuando, como en nuestro caso, las competencias conllevan el ejercicio de prerrogativas públicas, la presencia del imperium y de la coacción legítima.

V

Seguimos también a Garrido Falla (18:1981) cuando este manifiesta que, lo que ahora nos interesa subrayar es simplemente esto: que el criterio de la

jerarquía, hasta ahora el único válido para ordenar escalonadamente el sistema de las fuentes del Derecho, quiebra cuando se trata de resolver los posibles conflictos en cuanto a la aplicabilidad de normas estatales o autonómicas cuando la materia es de la exclusiva competencia del ente territorial. Para decirlo más directamente: en adelante la solución de tales conflictos normativos ha de basarse como regla en el principio de la competencia, tal como ésta venga atribuida con carácter exclusivo por la Constitución.

En tal sentido, podemos parafrasear a Garrido Falla (23:1981) manifestando que, porque hay que insistir una vez más en el argumento que consideramos clave a los efectos de la interpretación constitucional que aquí proponemos: la relación «ley base-ley desarrollo» produce sus efectos jurídicos en ambas direcciones (del Gobierno Nacional al ente territorial y viceversa). En primer lugar, supone que dictada la ley de bases, la ley de desarrollo ha de respetar tales bases; *pero asimismo*

significa que la atribución constitucional al Estado lo es para dictar solamente las bases (de la materia de que se trate) y que invade la competencia del ente territorial si dicta un auténtico texto articulado que bloquee, literalmente hablando, la posibilidad de una legislación de desarrollo atribuida (también constitucionalmente o en la respectiva Ley Orgánica) al ente territorial. Ambos supuestos son obviamente fiscalizables por el Tribunal Constitucional.

Justificando la relación concurrencial que, para nosotros se da entre bases y desarrollo, según López Ramon 108:1993), el objetivo es lograr una homogeneidad procedimental, desde el punto de vista de las garantías del ciudadano; establecer, en definitiva, unas garantías procedimentales comunes en todo el Estado. No podía ser de otra manera.

En efecto, en nuestro sistema jurídico existe entre determinadas fuentes una relación que bien puede ser de naturaleza concurrencial. Nos referimos al criterio de

conurrencia. Este criterio se activará cuando se trate de la relación entre políticas nacionales, sectoriales que da el Ejecutivo (Bases) y de otra parte en el ámbito territorial (Regiones y Municipalidades) (Desarrollo). Las normas que integran el BC inciden en señalar que las políticas nacionales y sectoriales son de cumplimiento obligatorio por los tres niveles de gobierno. Esto es, tal parece que las Regiones y Municipales fueran meros ejecutores de una voluntad ajena, sin política propia, sujetos a tutela como si de un mero ente periférico se tratara. Creemos que en el despliegue de estas políticas y siguiendo el criterio concurrencial debe existir un espacio garantizado para que prevalezcan las políticas territoriales de acuerdo a sus intereses respectivos. Así, por ejemplo, el artículo 192° de la Constitución dispone entre otras cosas que, Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, (...) en **armonía** con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. (el

énfasis es nuestro). Pero tal énfasis no es en vano. *Armonía* resulta siendo un concepto más laxo, más holgado que lo que en rigor constituye una “sujeción”.

VI

Según García de Enterría y TR Fernández (235:2001), La Constitución (española) reserva a la Ley una serie de objetos esenciales y en el resto permite la intervención del Reglamento, aunque sometido a la superioridad que es propia de la Ley. No se trata, en modo alguno, de un reparto material del campo normativo; no se deduce en absoluto que las materias distintas de las reservadas a la Ley serán materias propias y exclusivas del Reglamento, donde la Ley no podrá entrar. El Reglamento sigue siendo una norma secundaria y subordinada a la Ley, no alternativa respecto de ella.

Lo indicado en la cita precedente bien nos sirve como pretexto para precisar que tampoco en el Derecho patrio existen los reglamentos autónomos. Salvo el “diminuto” caso de la regulación de aranceles y tarifas a cargo del Ejecutivo, no existe en la Carta de 1993 ninguna otra materia que sea atribuida exclusiva y privativamente al Ejecutivo. De ello resulta que el mismo Ejecutivo podrá regular cualquier materia sujeto a las siguientes condiciones: a) Que no exista reserva material atribuida por la Constitución; b) Que no se configure una reserva formal, esto es, que la materia no haya sido regulada a través de una norma con valor, rango o fuerza de Ley. De darse la reserva formal esta tendrá como origen lo que se conoce como “congelación del rango; c) Dada la naturaleza del sistema jurídico, donde los entes subnacionales tienen autonomía política y competencias privativas, no cabe duda que se dará una reserva, pues a partir de la aplicación de la idea de competencia y separación de

ordenamientos, los reglamentos, al menos los dados por el Ejecutivo, no podrán entrar.

Cabe precisar que en el Derecho patrio es posible la deslegalización de la norma con valor de Ley de que se trate. Esta deslegalización solo será posible, sin embargo, cuando estemos frente a una reserva formal, esto es, una reserva formal, .que tiene su origen en la congelación del rango. En cambio, consideramos improbable que tratándose de una reserva material, es decir, que la reserva es un mandato de la Constitución misma, la deslegalización sea posible. Aunque creemos que en este caso, la deslegalización solo será posible si así la Constitución lo permite.

Sobre la autonomía política de Regiones y Municipalidades cabe precisar que, según Martín Mateo (61:1981), prolijas y estériles disquisiciones, a menudo con base únicamente semántica, se han centrado en la contraposición de la autonomía como capacidad de autoproducción de normas y autarquía que incluiría solamente la

autoadministración, calificándose en ocasiones la primera como autonomía pura y la segunda como autonomía funcional o también descentralización.

Así las cosas, y esto lo hemos manifestado en más de una oportunidad, la autonomía supone un grado mayor de libertad que la que provee la autarquía. En concreto, la autonomía configurará la capacidad del ente para dictar leyes y reglamentos, así como la dación de actos administrativos y el dictado de normas *ad intra*, mientras la autarquía se limitará a detentar la capacidad de dar actos administrativos y de autoorganizarse.

Más. Martín Mateo (60:1981) sostiene, siempre sobre el asunto de la autonomía, que, los valores democráticos, implícitos naturalmente en la autonomía, suponen el respeto de sus límites y de las reglas de juego que rigen su materialización. Su prolongación conveniente por abajo no puede suponer el trastorqué de las representaciones legítimas trasladando la decisión global a subsectores fraccionales,

ni por arriba puede poner en peligro los intereses de la comunidad superior. No hay aquí ciertamente reglas de nítida precisión, pero sí la necesidad de arbitrar de alguna manera equilibrios cuya ruptura puede ser trastrocadora.

Lo dicho agravia *prima facie* y frontalmente lo que por autonomía debe entenderse. Quizá sea útil poner de relieve la relación entre autonomía, no autarquía, y democracia. Diremos que la clave de bóveda de un Estado descentralizado es la autonomía. La autonomía supone libertad para de esta manera diseminar el poder entre las diversas entidades, de carácter territorial o funcional, que forman parte el Estado. Ni la autonomía ni la autarquía suponen soberanía. La soberanía descansa en la Constitución y en los principios y valores que esta inspira. Sin autonomía no habrá Estado descentralizado, y se dará un solo ordenamiento, de tal suerte que la estructura normativa consistirá en una rigurosa jerarquía entre diversas fuentes ubicadas escalonadamente una sobre otra

y donde la jerarquía monopolizará el criterio de incardinación de normas aplicable en el único ordenamiento.

VII

Según Martin Mateo (63-64:1981) contemporáneamente es extremadamente dificultoso señalar líneas de separación entre los intereses generales y locales, sobre todo en los importantes reductos de las administraciones metropolitanas. Pensemos en alguna de las competencias municipales prototípicas, por ejemplo, el abastecimiento de aguas; si analizamos las o incluso trasvases interregionales. Lo mismo podría observarse en cuanto a la superación de los términos municipales, de otras competencias en materia de transportes urbanos, contaminación, mercados, etcétera. La Administración central debe intervenir, y no sólo en base a leyes formales, sino a través de instrucciones y reglamentos técnicos, - regulando estándares, índices, calidades prestatarias, tarifas, cuando no ejecutando obras o suministrando equipamientos y

concursos. Todo ello ha inducido a lúcidos tratadistas a proponer la sustitución del criterio de competencias exclusivas por el más realista de competencias compartidas (condiciones de este servicio veremos que exige hoy frecuentemente planteamientos por cuenca de acuerdo con las premisas de la unidad de ciclo”.

Estamos de acuerdo con Martín Mateo. En un gran espacio donde actúan una pluralidad de entes, públicos y privados, donde es variada y agobiante la necesidad de bienes y servicios que los ciudadanos demandan, inclusive algunos ciudadanos pueden tener intereses diferentes y enfrentados a los de otros ciudadanos, donde, en fin, pueden actuar diversas Administraciones públicas en el mismo territorio. Decimos, ante este panorama, que no solo se debe ser muy prolijo o fino al momento de distribuir competencias. Si en tal operativo de reparto hay que considerar un elemento realmente importante ese no es otro que el despliegue del interés general respectivo de la Administración de que se

trate, sin descuidar, sobre todo, el interés de los ciudadanos. De los intereses o finalidades, prolijamente repartidos, pues dan vida a las competencias las mismas que no son otra cosa que la “materialización” de las finalidades del interés público. En cuanto a la aplicación de las competencias exclusivas, creemos que ello configuraría un agravio frontal a la autonomía, y así no se respetarían las finalidades del interés público, lo cual resulta fundamental para el adecuado funcionamiento de las Administraciones públicas. Nosotros, si fuera posible, optaríamos por el tipo de competencia concurrencial. Está en el justo medio. Competencia exclusiva, concurrente y compartida. Es de este modo como queda mejor pintada la cancha, y cada parte, entonces, actuará de acuerdo a su ámbito de competencias. Relación entre bases y desarrollo. Cada parte actuando de acuerdo a sus intereses que son validados por el ordenamiento, pues tal ejercicio de competencias resulta valioso para la

comunidad toda, sin perjuicio de las particularidades y peculiaridades que se puedan presentar en cada caso.

REFERENCIAS

García de Enterría, E. (Enero-abril 1981). La posición del Tribunal Constitucional. Posibilidades y perspectivas. Revista Española de Derecho Constitucional, (1), pp. 35-131.

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2001) Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas

Garrido Falla, Fernando (1981) “EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LAS NORMAS BÁSICAS Y LEYES MARCO ESTATALES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS”. En Revista de Administración Pública. Número 94, enero/abril 1981

López Ramon, F (1993) “REFLEXIONES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS”. Revista de Administración Pública 97 Núm. 130. Enero-abril 1993

Martin Mateo, R (1981) “LA AUTONOMÍA LOCAL Y EL SISTEMA NORMATIVO ESPAÑOL”. Revista de Administración Pública Núm. 94 Enero-abril

MARTINEZ LOPEZ- MUÑIZ, JOSÉ LUIS (1980) “RESERVA Y AUTORRESERVA LEGALES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO” (A propósito de la legalidad de los Reales Decretos reestructuradores de la Administración, de 1977 y 1979). Revista de Administración Pública número 92, mayo/agosto 1980.

Muñoz Machado, S. (2015) TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y

DERECHO PÚBLICO GENERAL. Tomo VI
LA LEY